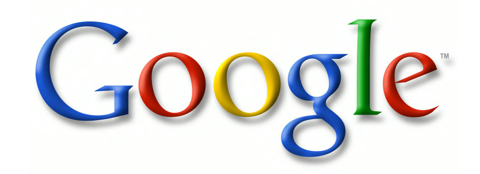
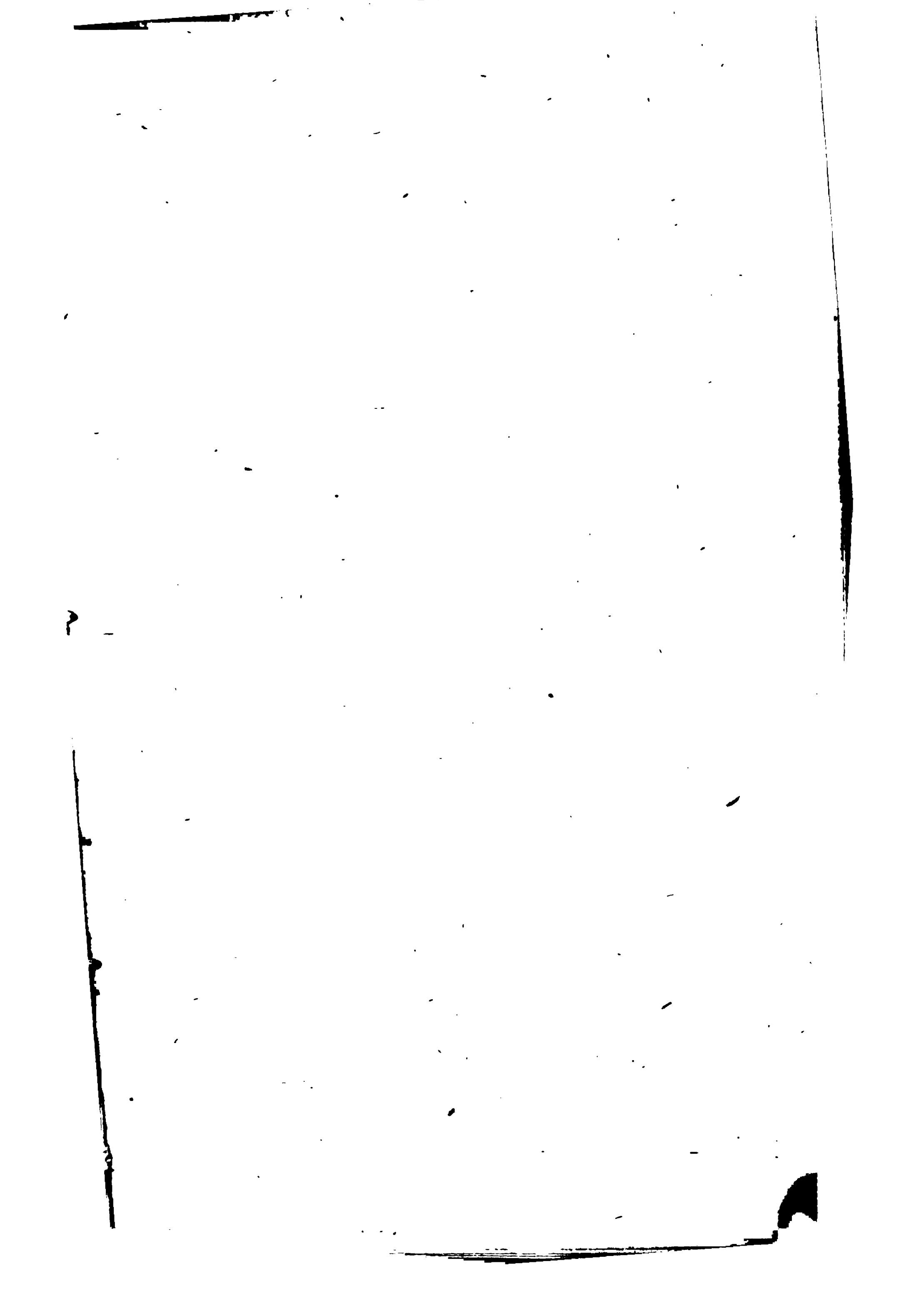



WIDENER LIBRARY
HX GFE2 B


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
ET
CHRISTO
ECCLESIAE
VE
RI
TAS





Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Siebenten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm
1804.

Lib. V. Tit. II.
De inofficioso testamento.

§. 543.

Fortsetzung. Was hat die Novelle 118. in Rücksicht der Notherben geändert?

Aus dem, was in dem vorigen Theile von Notherben überhaupt gesagt worden ist, ergeben sich folgende Resultate.

I. Nur Verwandte, denen, als solchen, in der Regel ein Pflichttheil gebührt, und welche, wenn sie widerrechtlicher Weise sind ausgeschlossen worden, das Testament als lieblos anfechten können, sind wahre Notherben [1]). Zwar gebührt auch nach der Nov. 117. Kap. 5. einer

1) *Arnold* HEISE in Diss. de successoribus necessariis. *Goettingae 1802.* hält (§. 4) den Ausdruck *heredes necessarii*, Notherben, für nicht ganz schicklich, weil den Geschwistern der Pflichttheil in Fällen, da sie ihn fordern können, auch in einem Codicill, als ein Vermächtniß, oder auch durch eine Schenkung hinterlassen werden kann. Es sey nicht nöthig, daß sie zu Erben eingesetzt werden. Auch Herr Prof. Weber behauptet in einer Anmerkung zu der von ihm besorgten neuen Ausgabe des Höpfnerschen Commentars über die Institutionen S. 513. daß nicht alle, denen der Pflichttheil gebührt, darum auch schon für Notherben zu halten seyn,

einer dürftigen Wittwe aus der Verlassenschaft ihres verstorbenen reichen Ehemannes ein Erbtheil, welcher insofern allerdings die Eigenschaft eines Pflichttheils hat, daß er der Wittwe weder durch Testament noch durch andere nachtheilige Dispositionen und Veräusserungen unter den Lebendigen entzogen oder geschmälert werden darf. Allein eine solche Wittwe unterscheidet sich darin von wahren Notherben, daß sie das Testament des Mannes nicht als lieblos anfechten kann, sondern ihr deswegen nur eine Condiction gestattet ist [a]). Auch der arrogirte Unmündige, der die quartam Divi Pii zu fordern hat, ist kein wahrer Notherbe.

sondern nur diejenigen, die man nur als Erben einsetzen, oder in bestimmter gesetzlicher Form von der Erbschaft ausschließen muß. Er findet daher auch mit HEISE den Ausdruck *Successores necessarii* treffender, um sowohl die eigentlichen Notherben als auch die Geschwister mit zu begreifen. Allein meiner Einsicht nach kommt es bey dem Begriff der Notherben gar nicht auf die Art und Weise oder den Titel an, unter welchem ihnen der Pflichttheil hinterlassen wird. Denn vor der Nov. 115. war dieß auch bey Kindern und Eltern gleichgültig. *L.* 8. §. 6. *D. h. t.* §. *ult. I. eodem. Nov.* 18. *c.* 1. Also wären auch diese keine Notherben gewesen, weil ihnen der Pflichttheil ebenfalls per modum legati aut donationis inter vivos hinterlassen werden konnte; und doch waren es gewiß auch keine willkührlichen Erben. Gegen den teutschen Ausdruck Notherbe ist noch weniger einzuwenden, da das Wort Erbe bey den Teutschen überhaupt einen Nachfolger andeutet. Man sehe die Bibliothek kleiner iuristischer Schriften, herausgegeben von *Hübner* und *Tittmann*. III. Band. pag 492.

a) S. meine syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 142.

erbe. Denn nach Ulpian [3]) ist ein solcher Arrogirter in Rücksicht seiner Quarte weder Erbe noch bonorum possessor, sondern nur wie ein legatarius partiarius anzusehen [4]), dem deshalb blos eine Personalklage zusteht [5]).

II. Notherben müssen auch zugleich das Intestaterbfolgerecht haben [6]). Nicht nur Ulpian [7]) sagt dieses ausdrücklich in den Worten: Si quis ex his personis, *quae ad successionem ab intestato non admittuntur*, de inofficioso egerit, (nemo enim eum repellit) [8]) et casu obtinue-

 rit;

3) *L. 2. §. 1. D. Familiae ercisc.* Si quarta ad aliquem ex constitutione Divi Pii arrogatum deferatur, *quia hic neque heres, neque bonorum possessor sit:* utile erit familiae erciscundae iudicium necessarium. Add. *L. 8. §. 15. D. de inoff. testam.*

4) Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. (Leipzig 1793. §. 681.

5) *L. 1. §. 21. D. de collat. bon.*

6) Schon aus diesem Grunde sind daher auch Geschwister in dem Falle, da ihnen der Pflichttheil gebührt, für Notherben zu halten, wenn ihnen auch der Pflichttheil nur titulo singulari zu Theil wird.

7) *L. 6. §. 1. D. de inoff. testam.*

8) Das *nemo enim eum repellit*, kann auf den Testamentserben gehen, wenn dieser sich der Einrede nicht bedient, daß der Kläger nicht der nächste Intestaterbe sey, und daher die Erbschaft ihm ohnehin nicht zukomme, wenn auch das Testament aufgehoben würde. Er setzte ihm diese Einrede darum nicht entgegen, weil er vielleicht nicht wußte, daß dem Kläger ein näherer Intestaterbe vorgehe. So erklären diese Stelle POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. Tit. Nr. XXXIV. not. d. pag. 194. und NOODT in Comment. in Dig. h. t. pag. 164. Oder es kann auch soviel heißen, wenn der nähere Verwandte

etwa

rit; non ei prosit victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patremfamilias facit; sondern eben dies lehrt auch schon die Natur der Sache. Denn wie läßt sich ohne Ungereimtheit eine Enterbung desjenigen gedenken, der ohnedem kein Erbrecht hatte? Wie kann demjenigen liebloser Weise etwas entzogen werden, dem in dem vorkommenden Falle ohnehin nach den Gesetzen nichts gebührt? Wie kann sich also dieser über Unrecht beschweren, wenn der Testirer sein Vermögen einem andern hinterlassen hat [9])?

III. Das Notherbrecht erstreckt sich nicht weiter, als auf Kinder, Eltern und Geschwister des Testirers unter den im vorigen Theile schon angegebenen näheren Bestimmungen. Daher sagt nicht nur Ulpian [10]): Cognati pro-

etwa nicht gegenwärtig wäre, um interveniendo widersprechen, und seinen Vorzug vor dem Kläger geltend machen zu können, wie es Westphal in der Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 1014. versteht; oder man kann es auch auf den Richter beziehen, daß der den Kläger nicht abgewiesen hat, wie SEGER in Observat. iur. civ. *Lipsiae 1768.* Obs. II. pag. 17. thut. Daß jedoch die Worte: *nemo enim eum repellit*, unächt seyn sollten, behauptet nicht einmal *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. der doch so gern nach Glossemen und Emblemen hascht, geschweige denn, daß die meisten Rechtsgelehrten darin einverstanden seyn sollten, wie FUNK in Commentat. de nexu inter succession. ab int. et querelam inoff. testam. pag. 23. not. a. behauptet. S. unten Not. 18.

9) Man vergleiche hier hauptsächlich *Arn.* HEISE cit. Diss. Sect. I. §. 9. sqq.

10) *L. 1. D. h. t. Ant.* FABER in Rational. will hier nichts als Tribonianismen finden. Ihm stimmt auch Westphal im angef.

proprii, qui sunt *ultra fratrem*, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, *cum obtinere spem non haberent*; sondern es werden auch die Geschwister-Kinder ausdrücklich ausgeschlossen. In einer Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian[11]) heißt es: *Fratris* vel *sororis filii*, patrui vel avunculi, amitae etiam et materterae testamentum inofficiosum frustra dicunt: cum nemo eorum, qui ex transversa linea veniunt, *exceptis fratre et sorore*, ad inofficiosi querelam admittatur.

Allein es fragt sich, ob nicht die bisher vorgetragenen Grundsätze durch die Novelle 118. eine Abänderung erlitten haben? In dieser Novelle hat nämlich Justinian eine ganz neue Erbfolgeordnung unter den Verwandten eingeführt.

Nach derselben succediren z. B. die vollbürtigen Geschwister des Verstorbenen mit den Ascendenten desselben zugleich[12]). Sollten also die vollbürtigen Geschwister mit den Eltern nicht auch ein gleiches Recht in Ansehung des Pflichttheils und der Inofficiositätsklage haben? Vinnius[13]), Böhmer[14]), Reuter[15]), Westphal[16]), und

angef. Buche §. 386. bey. Allein man sehe *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 5. und *Ant.* AUGUSTINUS Lib. II. Emendation. cap. 2. Vergl. auch meine *Opuscula iurid.* Fasc. III. pag. 19. sq.

11) *L. 21. C. h. t.* Man sehe auch die Novelle 1. Praefat. §. 2.

12) S. meine systemat. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 115. und 120.

13) Comment. ad §. 1. I. de inoff. testam. nr. 4.

14) Diss. de querela inofficiosi fratrum consanguineorum. (*Halae* 1721. rec. 1739.) §. 25.

und neuerlich Herr **Eduard Schrader** in seiner gekrönten Preißschrift [17]) und **Christ. Frid. Bernh. Funk** [18]) tragen kein Bedenken, dieses zu behaupten, wenn nur, der Geschwister wegen, eine ehrlose Person wäre eingesetzt worden.

Nach der Nov. 118. Kap. 3. haben ferner die Kinder verstorbener Geschwister des Erblassers das Repräsentationsrecht, vermöge dessen sie zugleich mit des Verstorbenen Geschwistern ab intestato erben, und denjenigen Erbtheil bekommen, den ihre Eltern würden erhalten haben, wenn sie noch lebten [19]). Sollten also nicht auch Geschwisterkinder in Absicht auf den Pflichttheil mit den Geschwistern des Erblassers ein gleiches Recht haben? **Everhard Otto** [20]) und **Westphal** [21]) behaupten dieses wirklich.

Nicht

15) Diss. de effectu querelae inoffic. testamenti iuxta ordinem edicti successorii institutae intuitu non querentis. *Halae* 1749. §. 14.

16) Theorie des Römischen Rechts von Testamenten §. 390. a. S. 275.

17) Comment. de nexu successionis ab intestato et querelae inofficiosi testamenti. *Goettingae* 1802. 4. §. 77. pag. 44.

18) Commentat. in controversiam iuris civ. de nexu inter successionem ab intestato et querelam inofficiosi testamenti: an quidem et quatenus ab illa ad hanc argumentum duci possit? *Goettingae* 1802. 4. §. 23. nr. 2. pag. 24.

19) Meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 24. und §. 116.

20) Commentar. ad §. 1. I. de inoff. testam. nr. 4. pag. 297. (edit. *Harpprecht.*)

21) Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 384. S. 171. folg.

Nicht minder gehen nach der Novelle 118. Kap. 3. der vollbürtigen Geschwister Kinder den Halbgeschwistern bey der Intestaterbfolge vor [22]). Sollte ihnen dieser Vorzug wegen der duplicitas vinculi nicht auch in Rücksicht des Rechts zum Pflichttheil zu statten kommen, wenn etwa der Testirer eine unanständige Person zum Erben ernannt hätte? Ausser Just. Henning Böhmer [23]) ist auch *Petrus de* TOULLIEU [24]) dieser Meinung.

Endlich soll auch nach der Nov. 118. Kap. 4. aller Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten in Absicht auf die Intestaterbfolge aufgehoben seyn. Daher haben Halbgeschwister

22) Meine Erörterung §. 123.

23) Diss cit. §. 25. nr. III. wo es heißt: *Si fratrum germanorum liberi una cum consanguineo defuncti fratre exclusi sunt a testatore, soli fratrum germanorum liberi ad querelam admittuntur, quia paria cum germanis iura in successione acceperunt, et praeterea consanguineis praeferuntur.*

24) Collectar. iuris civ. a *Io.* WOLBERS. *Groningae* 1737. 4. pag. 237. wo er sagt: *Etenim videtur* IUSTINIANUS *id unum in conspectu habuisse, ut successionem ex ipsa tantum pii testatoris praesumta voluntate, adeoque ex solo naturalis pietatis officio disponeret. Cum igitur fratrum germanorum filios propriis Thiis uterinis consanguineisve anteferret, manifestum est, ipsum existimasse, pleniori officio pietatis defunctum erga ipsos teneri, quàm erga fratres ab uno tantum latere sibi iunctos: adeoque magis inofficiosum esse testamentum, in quo illi, quam in quo hi exheredati vel praeteriti essent. His vero querelam dari, neminem esse puto, qui negaverit: igitur et illis eam quoque accommodari posse, omnino dicendum videtur.* Er setzt jedoch gleich hinzu: Hanc de filiis fratrum ad querelae et legitimae ius admittendis coniecturam non nisi *haesitanter* et *suspensa manu* Lectori proponimus.

von mütterlicher Seite mit den Halbgeschwistern vom Vater her ein gleiches Intestaterbrecht. Sollten sie also nicht auch ein gleiches Recht zum Pflichttheil haben? **Otto**[25]), **Böhmer**[26]), **Reuter**[27]), **Huber**[28]), **Westenberg**[29]), **Finestres**[30]), **Westphal**[31]), **Seger**[32]), **Joh. Vincentius Trummer**[33]) und mehrere andere Rechtsgelehrte glauben dieses. Denn sollte es nach der *L. 27. Cod. de inoff. testam.* gehen, so müßte man auch annehmen, daß den Halbgeschwistern vom Vater her neben den Vollbürtigen der Pflichttheil gebühre. Denn dies setzt jenes Gesetz voraus. Wie unschicklich würde aber dieses seyn, da sie neben einander keine gesetzliche Erben sind! Eben so wenig könne man also auch die fratres uterinos ausschliessen, welche die L. 27. blos darum ausgeschlossen hätte, weil sie keine Agnaten waren, und daher nicht ab intestato erbten. Eben so argumentirt auch unser Verfasser not. d.

Alles kommt darauf an, ob sich von der Intestaterbfolge ein gültiger Schluß auf das Recht zum Pflichttheil, und

25) Comm. ad Institut. h. t. §. 1. nr. 4. pag. 297.

26) Diss. de querela inoff. fratrum. cons. §. 27.

27) Diss. de effectu querelae inoff. test. §. 15.

28) Praelect. ad Institut. Lib. II. T. 18. nr. 4.

29) De portione legitima, liberis parentibus et fratribus relinquenda. Dissertat. II. Cap. IV. §. 6.

30) Praelect. ad Tit. Dig. de inoff. testam. Cap. V. §. 17.

31) Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 382. S. 270.

32) Observationes iuris civ. *Lips. 1768.* nr. II.

33) Diss. de querela inoffic. testam. fratribus uterinis haud denegande. *Erlangae* 1783.

und die, im Fall derselbe unbilliger Weise entzogen worden, zustehende Inofficiositätsklage machen lasse? Dieß behaupten nun alle diejenigen, welche die vorhin aufgeworffenen Fragen bejahend entscheiden. Allein wie wenig jene Schlußfolge gültig sey, ist nicht nur von **Voet** [34]), **Rotgersius** [35]), **Püttmann** [36]) und **Haubold** [37]) gründlich gezeigt worden; sondern es ist auch aus der historischen Betrachtung des **Entstehens**, der **Gründe**, und der **Revolutionen** beyder **Rechte** leicht erklärlich, warum zwischen Intestat- und Notherbrecht keine durchgängige Harmonie Statt fand [38]). Fast schon vom Anfange, noch mehr in der Folge, war die **Querel** über lieblose Testamente mehr auf das Recht der **Cognation** als Agnation gebaut. Man nahm daher bey derselben nicht sowohl auf die Ordnung der Personen Rücksicht, die nach den Civilgesetzen vermöge des Agnations- und Familienrechts succedirten, man sahe vielmehr auf das dem Ausgeschlossenen durch das lieblose Testament zugefügte Unrecht [39]). Je näher also diese Injurie den Ausgeschlossenen angieng, desto näher war sein Recht zur Querel. Daher

34) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 11.

35) Apodicticae demonstration. ad illustr. ius Rom. (*Lugd. Batav.* 1727 4.) Lib. I. Cap. IV. §. 5—9. pag. 150. seqq.

36) Diss. de querela inofficiosi testam. fratribus uterinis haud concedenda. *Lipsiae* 1761. Cap. II. §. 7. et Cap. IV. §. 1. EIUSDEM Vindiciae huius Dissertationis. *Ibid.* 1785.

37) Diss. de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum. *Lipsiae* 1784. Cap. VI. pag. 27.

38) Man vergleiche hier vorzüglich *Arn.* HEISE Diss. de successoribus necessariis Sect. I. §. 12—15.

39) *L.* 2. *L.* 8. *pr. D. h. t.*

her der Grund, warum die Eltern in der Querel den Geschwistern vorgiengen, und letzteren nur ein hypothetisches Notherbrecht zustand. Daher konnten ferner auch Cognaten, die doch keine Civilerben waren, dennoch eben so gut als Agnaten klagen [40]. Bey dem allen aber war dennoch die Querel über lieblose Testamente verhaßt. Man sieht es recht deutlich, wenn man die Gesetze im Codex *de inofficioso testamento* (III. 28.) mit den Gesetzen des Titels *de legitimis heredibus* (VI. 58.) vergleicht, daß Justinian auf der einen Seite eben so sehr die Querel einzuschränken bemüht gewesen, als er auf der andern Seite die Intestaterbfolge zu erweitern sich hat angelegen seyn lassen. Schon darum ist es gar nicht wahrscheinlich, daß Justinian so viele ausdrückliche Gesetze, die das Recht des Pflichttheils und derjenigen Personen bestimmen, welchen im Falle einer lieblosen Ausschließung die Querel zustehen soll, stillschweigend durch die Novelle 118. sollte abgeändert haben, die blos die Intestaterbfolge bestimmt, und der Inofficiositätsklage mit keinem Worte gedenkt. Konnte er wohl der Querel vergessen, wenn er geglaubt hätte, daß ihre Ordnung sich nach der Ordnung der Intestaterbfolge richtete? Oder würde Justinian so stillgeschwiegen haben, der sonst nach seiner bekannten Denkungsart nicht leicht etwas von dem ältern Rechte zu ändern pflegte, ohne dasselbe besonders zu erwähnen, und die Neuerung zu empfehlen [41]?

Aus

40) *L.* 5. *pr.* *L.* 6. *pr. h. t.* S. die Bibliothek kleiner iurist. Schriften, herausgegeben von *Hübner* und *Tittmann*. III. Band. S. 566.

41) Ausführlicher habe ich die Gründe in meinen Opusculis iurid. Fasc. III. pag. 47. sqq. vorgetragen.

Aus diesen Voraussetzungen ergiebt sich 1) wie wenig man zu der Folgerung berechtiget sey, daß Gleichheit des Rechts in der Intestaterbfolge auch Rechtsgleichheit in Beziehung auf Notherbrecht begründe [42]). Man kann daher

a) einem vollkommen adoptirten Kinde nach der Novelle 118. Kap. 4. zwar das Intestaterbfolgerecht in Ansehung des leiblichen Vaters nicht absprechen, allein ein Recht zur Querel kommt ihm darum nicht zu [43]). Ein unvollkommen adoptirtes Kind hingegen ist nur Intestaterbe seines Adoptivparens, aber nicht desselben Notherbe [44]). Eben so ist ein arrogirter Unmündiger seines Civilvaters Intestaterbe ohne Querel [45]).

b) Obschon vollbürtige Geschwister ein gleiches Intestaterbrecht mit den Ascendenten in der zweyten Klasse haben, so sind sie doch nur Notherben des dritten Rangs. Daher können

42) HEISE cit. Diss. Sect. I. §. 11.

43) SCHRADER Commentat. de nexu success. ab int. et querela inoff. testam. §. 30.

44) *L. 10. §. 1. C. de adopt.* S. *Franc.* RAGUELLI Commentar. ad Constitut. et Decisiones Iustiniani Lib VIII. pag. 712. Zwar will SCHRADER cit. Commentat. §. 33. behaupten, der Adoptivsohn eines Weibes habe die Querel gegen ihr Testament. Allein aus der *L. 5. C. de adopt.* worauf er sich beruft, ist dies nicht zu ersehen. Es würde auch mehr als inconsequent gewesen seyn, die von einem Weibe geschehene Adoption wirkungsreicher, als die ordentliche seyn und werden zu lassen. S. *Ger.* NOODT Commentat. ad Dig. h. t. pag. 159.

45) *Bern.* SCHOTANI Examen iuridic. sec. seriem Digestorum. (*Amstelod. 1646.*) h. t. pag. 266. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1693. pag. 860.

können Brüder und Eltern nie zusammen die Querel anstellen. Daß aber Geschwister den Eltern in der Querel nachstehen, ist, wenn auch nicht klare Worte eines Gesetzes dafür sprechen, dennoch darum nicht zu bezweifeln, weil jenen nur ein hypothetisches Recht zur Querel gegeben wurde [46]). Wollte man hier den Schluß von der Intestaterbfolge gelten lassen, so müßte es, wegen der einmal angenommenen Rechtsgleichheit, nun auch gleichviel seyn, ob eine ehrlose Person ist eingesetzt worden, oder nicht. Allein hier ist erweislich nichts geändert worden. Die meisten Rechtsgelehrten sind auch auf meiner Seite. **Voet** [47]), **Lauterbach** [48]), **Georg Caspar Deahna** [49]), **Rotgersius** [50]), **Hofacker** [51]), **Ludwig Gottfr. Madihn** [52]), und **Höpfner** [53]).

c) Auch den **Geschwisterkindern** kommt kein Pflichttheil zu, obschon **Justinian** ihnen mit den Geschwistern des Verstorbenen ein gleiches Intestaterbrecht gegeben hat.

46) Bibliothek kleiner iurist. Schriften von *Hübner* und *Tittmann*. III Band. S. 574. Not *).

47) Commentar. ad Dig. h. t. §. 11.

48) Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 20.

49) Disp de querela inofficiosi testamenti fratrum in specie, *Altdorfii 1697*. Cap. III. §. 2.

50) Apodict. demonstration. ad illustr. ius Rom. Vol. I. Lib. I. cap. 4. §. 6.

51) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1693. not. h. pag. 861. et §. 1697. not. a. pag. 867.

52) Princip. iuris Romani de successionibus §. 142.

53) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 473. Not. 2. S. 513. der neuesten Ausgabe.

hat. Denn klare Gesetze [54]) schließen sie von der Inofficiositätsklage aus. Eine Abänderung dieser Gesetze ist nicht erweislich, und darf auch ohne dringende Noth in der Justinianeischen Gesetzgebung nicht vermuthet, oder angenommen werden [55]). Das Repräsentationsrecht, welches Justinian den Geschwisterkindern bey der Intestaterbfolge gegeben hat, ist als ein besonderes Privilegium anzusehen. Justinian sagt es ausdrücklich in der Nov. 118. Kap. 3. Huiusmodi *privilegium* in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum et feminarum filiis aut filiabus: *ut in suorum parentum iura succedant.* Es läßt sich also dieses Recht der Geschwisterkinder schon darum nicht auf die Querel ausdehnen, weil Privilegien ihrer Natur nach keine ausdehnende Erklärung zulassen. Sollte der Schluß von der Intestaterbfolge gelten, so könnten ja die Kinder vollbürtiger Geschwister auch dann, wenn das Repräsentationsrecht wegfällt, ob ius ordinis einen gleichen Anspruch an dem Pflichttheile machen, weil sie ob aequalem vinculi duplicitatem mit den vollbürtigen Geschwistern des Erblassers zu einerley Classe gehören. Soweit geht auch wirklich Just. Henn. Böhmer in seiner Schlußfolge. Allein

54) §. *1. in fin. I. h. t. L. 1. D. h. t. L. 21. C. eodem. Nov. I. in Praefat.* §. *2. in fine.*

55) Die Bemerkung, daß Justinian selten eine Aenderung ohne große Zurüstungen, und bescheidenes Selbstlob zu machen pflegt, welche auch schon Vinnius in Select. iuris Quaestion. Lib. II. c. 20. et 21. Wieling in Lection. iuris civ Lib. II. cap. 31. pag. 254. und andere mehr gemacht haben, ist überhaupt für die Erklärung der Verordnungen dieses Kaisers von der größten Wichtigkeit. S. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. §. 9. S. 46.

können Brüder und Eltern nie zusammen die Querel anstellen. Daß aber Geschwister den Eltern in der Querel nachstehen, ist, wenn auch nicht klare Worte eines Gesetzes dafür sprechen, dennoch darum nicht zu bezweifeln, weil jenen nur ein hypothetisches Recht zur Querel gegeben wurde [46]. Wollte man hier den Schluß von der Intestaterbfolge gelten lassen, so müßte es, wegen der einmal angenommenen Rechtsgleichheit, nun auch gleichviel seyn, ob eine ehrlose Person ist eingesetzt worden, oder nicht. Allein hier ist erweislich nichts geändert worden. Die meisten Rechtsgelehrten sind auch auf meiner Seite. **Voet** [47], **Lauterbach** [48], **Georg Caspar Deahna** [49], **Rotgersius** [50], **Hofacker** [51], **Ludwig Gottfr. Madihn** [52], und **Höpfner** [53].

c) Auch den **Geschwisterkindern** kommt kein Pflichttheil zu, obschon **Justinian** ihnen mit den Geschwistern des Verstorbenen ein gleiches Intestaterbrecht gegeben hat.

46) Bibliothek kleiner iurist. Schriften von *Hübner* und *Tittmann*. III Band. S. 574. Not *).

47) Commentar. ad Dig. h. t. §. 11.

48) Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 20.

49) Disp de querela inofficiosi testamenti fratrum in specie, *Altdorfii 1697*. Cap. III. §. 2.

50) Apodict. demonstration. ad illustr. ius Rom. Vol. I. Lib. I. cap. 4. §. 6.

51) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1693. not. h. pag. 861. et §. 1697. not. a. pag. 867.

52) Princip. iuris Romani de successionibus §. 142.

53) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 473. Not. 2. S. 513. der neuesten Ausgabe.

hat. Denn klare Gesetze [54]) schließen sie von der Inofficiositätsklage aus. Eine Abänderung dieser Gesetze ist nicht erweislich, und darf auch ohne dringende Noth in der Justinianeischen Gesetzgebung nicht vermuthet, oder angenommen werden [55]). Das Repräsentationsrecht, welches Justinian den Geschwisterkindern bey der Intestaterbfolge gegeben hat, ist als ein besonderes Privilegium anzusehen. Justinian sagt es ausdrücklich in der Nov. 118. Kap. 3. Huiusmodi *privilegium* in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum et feminarum filiis aut filiabus: *ut in suorum parentum iura succedant*. Es läßt sich also dieses Recht der Geschwisterkinder schon darum nicht auf die Querel ausdehnen, weil Privilegien ihrer Natur nach keine ausdehnende Erklärung zulassen. Sollte der Schluß von der Intestaterbfolge gelten, so könnten ja die Kinder vollbürtiger Geschwister auch dann, wenn das Repräsentationsrecht wegfällt, ob ius ordinis einen gleichen Anspruch an dem Pflichttheile machen, weil sie ob aequalem vinculi duplicitatem mit den vollbürtigen Geschwistern des Erblassers zu einerley Classe gehören. Soweit geht auch wirklich Just. Henn. Böhmer in seiner Schlußfolge. Allein

54) §. *1. in fin. I. h. t. L. 1. D. h. t. L. 21. C. eodem. Nov. I. in Praefat.* §. *2. in fine.*

55) Die Bemerkung, daß Justinian selten eine Aenderung ohne große Zurüstungen, und bescheidenes Selbstlob zu machen pflegt, welche auch schon Vinnius in Select. iuris Quaestion. Lib. II. c. 20. et 21. Wieling in Lection. iuris civ Lib. II. cap. 31. pag. 254. und andere mehr gemacht haben, ist überhaupt für die Erklärung der Verordnungen dieses Kaisers von der größten Wichtigkeit. S. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. §. 9. S. 46.

lein **Westphal** wagt es selbst nicht, ihm hierin nachzufolgen, sondern glaubt selbst, es bleibe hier bey dem alten Rechte, wenn neben den Geschwisterkindern keine Geschwister des Verstorbenen vorhanden sind, weil hier das Repräsentationsrecht wegfalle [56]). Wie ungewiß wird hier das Recht, wenn man vom Gesetz abweicht? Man spricht also, wie es das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, den Geschwisterkindern das Recht zur Querel rund ab, es sey zum Erben eingesetzt worden, wer da wolle, dann geht man gewiß am sichersten, und hat die Auctorität eines **Voet** [57]), **Lauterbach** [58]), **Hofacker** [59]), **Madihn** [60]) und **Höpfner** [61]) für sich. Endlich

d) ist es nach jenen Voraussetzungen nun auch eben so wenig einem gegründeten Zweifel unterworfen, daß die halbbürtigen Geschwister von der Mutter her durch die Nov. 118. kein Recht zum Pflichttheil erhalten haben, wenn sie gleich nach diesem Gesetz mit den consanguineis auf gleiche Art succediren, und es hat auf die Querel ganz und gar keinen

56) Diese meine Gründe findet man auch in meines ehemaligen fleißigen Zuhörers, des Herrn **Stein** Versuche einer theor. pract. Abhandlung über die Lehre des Röm. Rechts von pflichtwidrigen Testamenten. (Erlangen 1798. 8.) §. 31. S. 121. ff.

57) Comment. ad Dig. h. t. §. 11.

58) Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 21.

59) Princip. iur civ. R. G. Tom. II. §. 1693. not. k. pag 862.

60) Princip. iur. Rom. de Successionibus §. 142.

61) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 473. Not. 2. S. 513

keinen Einfluß, daß Justinian in der Nov. 118. Kap. 4. den Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten in Absicht auf die Intestaterbfolge aufgehoben hat. Es heißt zwar daselbst: Nullam vero differentiam esse volumus in *quacunque successione*, vel *hereditate*, inter masculos et foeminas ad hereditatem vocatos, qui, ut ex aequo ad hereditatem vocentur, definivimus, sive *per masculum*, sive *per foeminam* defuncto coniungantur: sed *in omnibus successionibus* agnatorum cognatorumque differentiam *cessare* volumus. Diese Worte haben selbst den großen **Huber** verleitet, seine vorhin behauptete richtigere Meynung zu verlassen, und auf die Seite derjenigen zu treten, welche daraus eine Gleichstellung der uterinorum mit den consanguineis auch in Absicht auf das Notherbrecht folgern wollen. Allein man darf nur noch die folgenden Worte lesen: omnesque sine eiusmodi differentia secundum cognationis suae gradum *cognatorum ab intestato successionem* venire iubemus; so wird man sich überzeugen, daß hier blos von der Intestaterbfolge die Rede sey. Die Worte der Präfation setzen dieses vollends ausser allen Zweifel, wo **Justinian** sagt: Cum multas et diversas leges antiquis temporibus promulgatas inveniamus, per quas differentia *successionis ab intestato* inter agnatos et cognatos non iuste introducta est: necessarium duximus, hac lege *omnes* simul *successiones cognationis ab intestato* clara et compendiosa distinctione definire, ut cessantibus prioribus legibus, quae *hac de causa* latae sunt, imposterum ea solum serventur, quae nunc definimus. Wie wenig nun aber hier der Schluß von der Intestaterbfolge auf das Recht zur Querel gelten kann, ist daraus klar. Schon längst vor der Novelle 118. (sie ist vom Jahr

543.

543. [62]) hatte Justinian im Jahr 534. eine Verordnung gemacht, (*L. 15. §. 2. Cod. de legitim. heredib.*) vermöge welcher die fratres uterini so gut, als die consanguinei, ab intestato erben sollten. Die Worte selbst lauten so: Sed nec fratrem et sororem *uterinos* concedimus in cognationis loco relinqui, cum enim tam proximo gradu sunt, merito eos sine ulla differentia, *tanquam si consanguinei fuerant*, cum *legitimis fratribus* atque *sororibus* vocandos esse sancimus. Dessen ungeachtet nahm er die L. 27. h. t. in seinen Codex auf, worin die fratres uterini von der Querel ausgeschlossen werden. Man wendet zwar ein, Justinian habe die L. 27. schon in seinen Codex aufgenommen, ehe jene L. 15. gegeben war, und nachher vergessen, sie auszustreichen, als er im Jahr 534. die L. 15. in den neuen Codex setzte. Allein diese ganz unerwiesene Hypothese beruhet auf einer ganz irrigen Voraussetzung, als ob die halbbürtigen Geschwister von mütterlicher Seite blos darum von der Querel wären ausgeschlossen worden, weil sie Cognaten sind. Daß nun aber das Agnationsrecht auf die Querel gar keinen Einfluß hat, liegt in der *L. 27. C. h. t.* so klar vor Augen, daß man sich billig wundern muß, wie man ein so einleuchtendes Argument, das hier alles entscheidet, hat übersehen können. Schon in dem vorigen Theile dieses Commentars ist gezeigt worden, daß die L. 27. auf mancherley Art interpolirt sey. Sie ist nämlich aus zwey verschiedenen Verordnungen des Kaisers Constantin, nämlich der L. 1. und 3. Cod. Theod. de inoff. testam. zusammengesetzt. In der L 1. C. Th. wird es noch bey der Inofficiositätsklage

62) Meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 90. S. 259.

Klage der Geschwister zur nothwendigen Bedingung gemacht, daß das Agnationsrecht derselben, als der Grund der alten gesetzlichen Erbfolge, durch keine Emancipation dürfe aufgehoben seyn. Daher sagt **Constantin** in dem angeführten Gesetz ausdrücklich: germanis tantummodo fratribus, *agnatione durante*, petitionis aditus reseretur. Dafür setzt nun **Tribonian** in der L. 27. C. h. t. *durante agnatione, vel non*, offenbar in keiner andern Absicht, als um dadurch zu erkennen zu geben, daß bey der Querel der Geschwister auf das Agnationsrecht nichts mehr ankommen solle. Da nun dessen ungeachtet die fratres uterini in der L. 27. von der Querel ausgeschlossen werden, so ist dies wohl der einleuchtendeste Beweis, daß sie nicht mehr darum, weil sie keine Agnaten sind, von dieser Klage ausgeschlossen seyn sollen, folglich die Aufhebung des Unterschiedes zwischen Agnaten und Cognaten, wenn sie auch erst in der Nov. 118. Kap. 4. geschehen wäre, auf die Querel der Geschwister gar keinen Einfluß haben könne [63]. Daher spricht auch die Praxis den Halbgeschwistern von mütterlicher Seite die Querel mit Recht ab [64].

Es

63) Diesen Grund hat auch Stein in dem oben angef. Versuch über die Lehre des röm. Rechts von pflichtwidrigen Testamenten §. 30. aus meinem Vortrage benutzt. Man kann noch, ausser PÜTTMANN in der oben angeführten Dissertation, *Herm.* LORENZ Diss. utrum. Nov. CXVIII. cap. 4. Legi 27. Cod. de inoff. testam. obroget, fratribusque uterinis, turpi herede scripto, legitima relinquenda si nec ne? *Goett. 1784.* und WALCH Introd. in controversias iuris civ. pag. 363. not. *) et p. 370. sq. vergleichen.

64) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 21. BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 17. not. 2. STRUV Synt. iur.

So wenig man nun also annehmen darf, daß diejenigen, welche nach der Novelle 118. ein gleiches Intestaterbrecht haben, auch im Notherbrechte ausgeglichen worden sind; so richtig ist doch

2) Die Folge, daß diejenigen, welche nicht *ab intestato* erben, auch kein Recht zum Pflichttheil haben, und folglich auch von der Querel auszuschliessen sind. Denn niemand kann die Querel anstellen, als dem der Pflichttheil gebührt. Nun ist dieser ein Theil der Intestaterbportion. Also kann Niemand die Querel mit Wirkung anstellen, der nicht auch der nächste Intestaterbe entweder schon zur Zeit des Todes des Erblassers ist, oder es wenigstens wegen der Lossagung des Näheren oder durch das Eintrittsrecht (*successio*) geworden ist [65]. Hieraus folgt,

a) daß ein Ascendent, der mit einem unvollkommen adoptirten Kinde des Erblassers in der Intestaterbfolge zusammentrifft, kein Recht zur Querel habe [66]). Zwar steht einem solchen angenommenen Kinde die Querel nicht zu; allein es geht dem Vater in der gesetzlichen Erbfolge vor. Nun tritt

iur. civ. Exerc. X. Th. 18. et MÜLLER ad *Eundem* c. l. not. η HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1693. pag. 860.

65) S. FUNK Commentat. de nexu inter successionem ab int. et querelam inoff. testamenti §. 22. et 23. und RODBERTI Commentat. de querelae inofficiosi testam. P. I. continens historiam querelae inoff. testam. usque ad *Constantinum M.* Imp. *Goett.* 1802. §. 16. seqq.

66) SCHRADER Commentat. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testam. §. 75.

tritt aber die Intestaterbfolge ein, wenn das Testament als lieblos aufgehoben wird.

b) Wenn leibliche Geschwister mit halbbürtigen Geschwistern von väterlicher Seite concurriren, so sind nur die erstern als Notherben anzusehen, wenn ihnen eine ehrlose Person im Testament ist vorgezogen worden. Denn da Halbgeschwister nach der Nov. 118. Kap. 3. kein Intestaterbrecht haben, wenn leibliche Geschwister vorhanden sind, so kann man ihnen auch in diesem Falle kein Recht zur Querel einräumen [67]). Endlich

c) wenn ein Bruder von väterlicher Seite (frater consanguineus) mit leiblicher Geschwister Kinder zusammen trifft, so kann erster nicht klagen, wenn auch der Testamentserbe eine turpis persona wäre. Denn nach der Nov. 118. Kap. 3. steht ihm in diesem Falle kein Intestaterbrecht zu. Wie kann also diesem Unrecht geschehen, der ohne Testament nichts geerbt haben würde [68])?

67) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. DE AHNA Diss. de querela inoff. testam. fratrum. Cap. II. §. 9. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 15. nr. 5.

68) *Luc. van de* POLL lib. sing. de exheredatione et praeteritione. Cap. LXXX. §. 8—11. REUTER Diss. de effectu querelae inoff. testam. §. 49. KOCH Diss. Quatenus testator per querelam inoff. reddatur intestatus? Tr. *de Success. ab int.* adj. nr. I. pag. 221. und SCHRADER cit. Commentar. §. 69. et §. 78. Anderer Meinung sind jedoch *Guil.* RANCHINUS in Tr. de Success. ab int. Cap. XVII. §. 5. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. X. Th. 24. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. XV. not. w.

§. 544.

Nähere Erörterung der Lehre vom Pflichtheile. I. Begriff, Größe und Berechnung desselben.

Der Theil der Erbschaft, welcher gewissen nahen Verwandten des Erblassers, jedoch nicht über den zweyten Grad der Seitenlinie, welche daher Notherben genennt werden, nach Vorschrift der Gesetze hinterlassen werden muß, wenn keine rechtmäßige Ursach, sie auszuschliessen, vorhanden ist, wird nun also der **Pflichttheil**[69]) (*legitima portio*) genennt.

Die **Größe** desselben hing anfangs von dem Ermessen der Centumviralrichter ab[70]). Erst in der Folge erhielt er durch die Lex Falcidia seine gesetzliche Bestimmung, indem selbiger nach der Analogie dieses Gesetzes zuerst auf den **vierten Theil** desjenigen gesetzt wurde, was der Noth-

Erbe

69) *Claud.* CHIFLETII de portionibus legitimis liber sing. nebst andern Tractaten Desselben *Lugduni* 1584. 8. und in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 722. sqq. *Claud. de* BATTANDIER de legitima, parentibus, fratribus et filiis debita. Recus. *Neustadii* 1602. *Casp.* MANZII Tract. de legitima liberorum, parentum, fratrum et sororum. *Ingolstadii* 1658. 8. *Io. Ortw.* WESTENBERG Diss. I—IV. de portione legitima, liberis, parentibus et fratribus relinquenda. Tom. I. *Operum a Io. Ge.* IUNGIO editor. (*Hanoverae et Luneb.* 1746. 4.) *Chr. Frid.* GLÜCK Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate. *Erlangae* 1788. 8. (*Opuscul. iurid.* Fasc. III.) *Ludolph. Henr.* LILIEN Specim. iurid de legitima. *Erfordiae* 1792. und G. **Möller** Lehre vom Pflichttheil. **Amberg** und **Sulzbach** 1801. gr. 8.

70) WESTENBERG Diss. I. de P. L. cap. IV. §. 9.

erbe *ab inteſtato* würde bekommen haben [71]). Daher iſt zu erklären, warum der Pflichttheil in den Geſetzen [72]) zuweilen *Falcidia* genennt wird. Vielleicht iſt daher auch die Benennung der *portio legitima* entſtanden [73]). Auf die Zahl der Perſonen kam ehemals nichts an, dieſer mochten viel oder wenig ſeyn, der Pflichttheil blieb immer, wie **Ulpian** [74]) ſagt, quarta pars debitae ab inteſtato portionis.

Bey dieſem Betrage des Pflichttheils war es denn freylich kein Wunder, wenn Kinder eines reichen Vaters dadurch öfters an den Bettelſtab geriethen, weil, wenn der Kinder viel waren, die Pflichttheilsquarte natürlicher Weiſe in gar kleine Portionen zerfallen mußte. Grund genug, warum **Juſtinian**, der, wie er in der Präfation der Nov. 18. von ſich rühmt, Gott ſtets vor Augen hatte, und ſich daher vorzüglich beſtrebte, durch Abänderung des ältern, und Einführung eines neuen billigern Rechts etwas Gutes zu wirken, um der göttlichen Wohlthaten würdig zu ſeyn, ſich bewogen fand, die Summe des Pflichttheils **nach der Zahl der Perſonen** zu erhöhen [75]). Er verordnete daher in

 der

71) *Fr.* BALDUINUS de Lege Falcidia, in *Iurisprud. Romana et Attica.* Tom. I. pag. 190.

72) *L. 31. C. h. t. L. 5. §. 3. Cod. ad L. Iul. maieſtat. Nov. XCII. Praefat.*

73) BALDUINUS l. c.

74) L. 8. §. 6. *et* 8. *D. h. t.*

75) Die **Novelle** 18. in welcher dieſe wichtige Abänderung des ältern Rechts enthalten iſt, promulgirte **Juſtinian** im Jahr Chr. 536. S. CONTII Chronolog. annor. et Conſulum ac Indiction. Imp. Iuſtiniani ad a. 536. adj. *edit.* Codicis Iuſtinianei

der gedachten Novelle 18. Kap. 1. daß wenn der Erben vier oder weniger sind, der Pflichttheil den dritten Theil, wenn hingegen fünf oder mehr Personen dazu vorhanden sind, die Hälfte der Erbschaft betragen solle, welche den Notherben ab intestato zu Theil geworden seyn würde. Die hierher gehörigen Worte lauten nach Hombergk so: Haec nos moverunt, ut legem corrigeremus, nec in perpetuum eam sineremus erubescere [76]), sed tali modo rem determinaremus, ut si quis *unius* vel *duorum* aut *trium* vel *quatuor liberorum* pater aut mater sit, non quadrantem solum ipsis relinquat, sed *tertiam bonorum partem*, hoc est, *quatuor uncias*, idque mensura sit dicto

nianei *Charondinae*, Antverpiae 1575. f. pag. 493. und *Abr.* WIELING Index Novellar. chronolog. in EIUS *Iurisprud. Restitut.* pag. 168. Justinian hat diese Novelle, wie er Nov. 66. Kap. 1. §. 2. selbst sagt, in beyden Sprachen, der griechischen und lateinischen, abfassen lassen, das lateinische Exemplar war an Salomo, den Praefectus praetorio Africae, gerichtet. Da die lateinische Novelle in der Vulgata an den Joannes, Praefectus praetorio Orientis, gerichtet ist, so ergiebt sich hieraus, daß sie nicht das Original, sondern blos eine Version des griechischen Textes ist, wie insonderheit auch das Datum, und die in dem lateinischen Text vorkommenden vielen Gräcismen beweisen. S. Meine Diss. de const. legitimae port. parent. quantitate §. 8. pag. 85. sq.

76) Haloander will hier im griechischen Text statt ἐρυθριῶντα lesen ἐριθριῶντας, und übersetzt diese Worte so: ne semper eam cum pudore intueremur. Allein diese Emendation ist ganz unnöthig, wie schon HERALDUS Observat. et Emendat. cap. 31. gezeigt hat. Justinian braucht mehrmalen den Ausdruck: lex erubescit. *L. 34. §. 1. C. h. t. Nov. 22.*

cto illi numero definita: Sin vero *plures quam quatuor* habuerit liberos, *dimidiam partem totius ſubſtantiae ſuae* illis relinquat, ut *ſex unciae* ſint omnino, quod debetur, et *inter ſingulos triens forte vel ſemis aequaliter dividatur*: idque non iniuſta rerum circumſtantia (forte enim hic iniuria quibusdam fieri poſſet, ſi hi quidem meliora, illi vero deteriora acciperent) ſed quod cuique competit, per omnia in quantitate et qualitate aequale ſit, ſive quis illud per modum inſtitutionis, ſive legati, ſeu quod idem eſt fideicommiſſi nomine relinquat. Licet enim ei id, quod reliquum eſt, beſſem ſcilicet vel ſemiſſem habere, et prout voluerit, ſive liberis ipſis ſive extraneis largiri, et cum naturae prius, quae debet, praeſtiterit, deinde erga extraneos liberalem eſſe: *atque hac in omnibus perſonis, quibus ab initio antiqua quarta querelae de inofficioſo conſtituta eſt, obtineat* [77]). Es entſtehen hier mancherley ſtreitige Fragen, wozu dieſe neue Verordnung des Kaiſers **Juſtinian** Veranlaſſung gegeben hat.

I. Erſtreckt ſich die Erhöhung des Pflichttheils auch auf die einem arrogirten Unmündigen gebührende Antoniniſche Quarte? **Vinnius** [78]), **Greve** [79]) und **Malblank** [80]) glau-

77) **Haloander** hat: Hoc eodem obtinente in omnibus omnino perſonis, *quibus olim quadrantis nomine de inofficioſo querela legibus attributa fuit.*

78) Commentar. in Inſtitut. Tit de adopt. §. 3. nr. 3.

79) Exercitationes ad Pandectar. loca difficiliora. Exerc. I. §. 22. pag. 21.

80) Princip. iur. Rom. ſec. ordin. Digeſtor. P. I. Tit. de adopt. §. 140. in fin. pag. 158.

glauben es, denn sie halten diese Quarte für nichts anders, als die legitima des ältern Rechts, nach ihrer Meinung soll daher dieselbe auch nur eine quarta portionis ab intestato debitae seyn. Allein das Gegentheil haben Voet [81]), Anton Matthäus [82]), Janus a Costa [83]), Franz. Bröus [84]), Gregor. Majansius [85]), Westenberg [86]), Anton Schulting [87]), Everhard Otto [88]), Cocceji [89]) und Madihn [90]) aus so bündigen Gründen dargethan, daß man ihnen mit voller Ueberzeugung beytreten kann. Der Unterschied zwischen der Legitima und der Quarta D. Pii leuchtet in die Augen. Denn der Unmündige wird in Ansehung dieser Quarte gar nicht als Erbe betrachtet [91]), sondern sie ist gleichsam als ein aes alienum anzusehen [92]), weshalb

81) Commentar. ad Dig. Tit. de adopt. §. 4.

82) Commentar. ad Institut. Iustin. (*Trajecti ad Rhen. 1672.*) Tit. de adopt. §. 3. nr. 9. et 10. pag. 368.

83) Comment. ad Iustin. Institut. Lib. I. cap. XI. §. 3.

84) Expositiones in Imp. Iustiniani Institution. (*Lutet. Parisior.* 1622. 4.) Lib I. Tit. XI. §. 3. nr. 5. pag. 105.

85) Disputation. iuris. civ. Tom. I. (*Lugd. Batavor.* 1752. 4.) Disp. XII. *de impuberum adrogatione* §. 24.

86) Diss. II. de portione legitima Cap. II. §. 18.

87) Enarrat. partis primae Digestor. Lib. I. Tit. VII. §. 10.

88) Comm. ad Iustin. Instit. Tit. de adopt. §. 3.

89) Ius. civ. controv. Lib. I. Tit. VII. Qu. 7.

90) Diss. de quarta D. Pii, eiusque usu hodierno. *Trajecti cis Viadr. 1776.*

91) *L. 2. §. 1. D. fam. ercisc.*

92) *L. 8. §. 15. in fin. D. de inoff. testam. L. 22. D. de adopt.*

weshalb dem Arrogirten keine Querel [93]), ſondern nur eine Perſonalklage, (condictio ex conſtitutione D. Pii) zuſteht [94]). Sie hat daher gar keine Beziehung auf die Inteſtaterbfolge, ſondern iſt immer der vierte Theil des ganzen Vermögens des Arrogators, wenn auch auſſer dem Arrogirten leibliche Kinder vorhanden ſeyn ſollten [95]). Iſt der Unmündige

93) *L. 8. §. 15. cit.* Si quis *impubes adrogatus* ſit ex his perſonis, quae et *citra adoptionem* et *emancipationem* queri de inofficioſo poſſunt; (z. E. der Unmündige iſt von einem Aſcendenten arrogirt worden) hunc puto removendum a querela, *cum habeat quartam ex conſtitutione* D. PII. Quodſi egit, nec obtinuit, an quartam perdat? et puto, aut non admittendum ad inofficioſum, aut ſi admittatur (ſc. *de facto, non quaſi iure poſſit*) etſi non obtinuerit, quartam ei, *quaſi aes alienum*, concedendam. Man ſehe über dieſe Stelle *Ioann.* ALTAMIRANI Tract. X. ad Libr. X. Quaeſtion. *Scaevolae* §. 8. in MEERMANNI *Theſ. iuris civ. et canon.* Tom. II. pag. 503. et POTHIER Pandect. Iuſtinian. h. t. nr. XXX. Tom. I. pag. 193.

94) *L. 1. §. 21. D. de collat. bonor.*

95) *L. 13. D. Si quid in fraudem patroni* ſagt ausdrücklich: Conſtitutione *D. Pii* cavetur de impubere adoptando, ut *ex bonis, quae mortis tempore illius, qui adoptavit, fuerunt, pars quarta ad eum pertineat, qui adoptatus eſt.* Auch alle übrige Geſetze reden immer von einer *quarta bonorum*, nie aber von einer quarta portionis ab inteſtato. *L. 22. §. 1. D. de adopt. §. 3. I. eodem. L. 2. C. eodem.* Einige von denen, welche mit mir läugnen, daß die Antoniniſche Quarte durch die Nov. 18., gleich dem Pflichttheile, vermehrt worden ſey, behaupten zwar dennoch, daß die Quarte in dem Falle, da leibliche Kinder vorhanden ſind, nur der vierte Theil der Inteſtaterbsportion ſey, als Cocceji a. a. O. Qu. 6. und Weſtenberg a. a. O. Allein man vergleiche auſſer Voet a. a. O. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. c. I. not. i.

mündige ohne rechtmäßige Ursach emancipirt worden, so kann er die Quarte zwar bey Lebzeiten des Arrogators nicht fordern, allein er hat doch schon ein so gegründetes Recht darauf erworben, daß wenn er auch vor dem Civilvater stirbt, er sie doch auf seine Erben transmittirt [96]). Auf diese Quarte ist daher die Novelle 18. um so weniger anwendbar, da sie blos auf Notherben geht, *quibus olim quadrantis nomine de inofficioso querela legibus attributa fuit*, welches aber auf arrogirte Unmündige gar nicht paßt [97]).

II. Hat

96) *L.* 1. §. 21. *D. de collat.* Si impubere arrogato secundum *D. Pii* rescriptum quarta debetur, videndum est, an, si patris naturalis bonorum possessionem petat, conferre quartam debeat: quaestio in eo est, an heredi suo relinquat quartae actionem, an non? Et magis est, *ut ad heredem transferat:* quia *personalis actio* est. Igitur etiam de quarta conferenda cavere eum oportebit. *Sed hoc ita demum, si iam nata est quartae petitio.* Caeterum si adhuc pater adoptivus vivat, qui eum emancipavit: dicendum est, cautionem quoque cessare: *praematura est enim spes collationis, cum adhuc vivat is, cuius de bonis quarta debetur.* Ueber diese Stelle vergleiche man besonders *Ant.* FABRI Iurisprud. Papinian. Tit. de adoption. Princ. I. Illat. 12. pag. 493—502. Er sucht daselbst zu beweisen, daß die ganze letzte Periode von den Worten: *Sed hoc ita demum* an, ein Emblem sey.

97) Es ist ganz unbegreiflich, wie VINNIUS ad §. 3. I. de adopt. nr. 3. schreiben konnte: *Certe ante* D. PII *constitutionem non minus adrogato impuberi, quam caeteris querela competiit.* DIVUS *autem* PIUS *non minuit ius adrogati, sed auxit, ut ei querela iam non sit necessaria, sed proprio et meliori iure quartam sibi debitam obtinere possit.* Fiel ihm denn nicht bey, daß vor den Zeiten des K. Antoninus Pius Unmündige auf keine Weise arrogirt werden konnten? ULPIAN. *Fragm.* VIII. 4.

Eben

II. Hat Justinian durch die Nov. 18. den Pflichttheil der Eltern und Geschwister eben so, wie den der Kinder, erhöhet? Diese Frage ist zu bejahen. Zwar redet Justinian ausdrücklich nur von Kindern. Allein aus den Schlußworten des 1. Kap. welche in der Vulgata so lauten: *hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est*, erhellet deutlich, daß dasjenige, was Justinian von der Vermehrung des Pflichttheils verordnet hat, von allen Notherben, und folglich auch von Eltern und Geschwistern zu verstehen sey. Denn beyde hatten ja schon ehemals so gut, als die Kinder, die Querel, wenn sie auf eine lieblose Art waren ausgeschlossen worden [98]). Verschiedene Rechtsgelehrten [99]) haben zwar dennoch jene Clausel blos von Descendenten erklären wollen, und schliessen daher Eltern und Geschwister von der Wohl-

Eben so wenig verstehe ich, wenn Herr Prof. Malblanc l. c. pag. 159. sagt: *Sensus et verba legis id tantum innuunt, validam esse impuberis emancipationem aut* EXHAEREDATIONEM, *si* IN QUARTA *ad minimum* INSTITUTUS *sit! Contrario casu non dubitandum, quin ob praeteritionem aut exhaeredationem iniustam iisdem utatur remediis, quae reliquis liberis competunt.* Wie läßt sich dies mit der *L.* 8. §. 15. *D. h. t.* vereinigen, in welcher sogar einem solchen Unmündigen die Querel abgesprochen wird, der ohne geschehene Arrogation, im Falle der Enterbung, die Querel würde haben anstellen können? S. oben Not. 93.

98) *L. 1. D. h. t.*

99) VINNIUS in Comm. ad §. 3. I. h. t. nr. 2. VAUDUS var. Quaestion. iur. civ. Lib. I. cap. 50. BATTANDIER de legitima. Cap. IV. nr. 31. BACHOVIUS ad *Treutlerum*. Vol. I. Diss. XIII. Th. 13.

Wohlthat dieses Gesetzes aus. Andere [100]) hingegen wollen diese Clausel blos auf Kinder und Eltern einschränken, und daher die Geschwister, weil diesen blos zur Ausschliessung einer ihnen vorgezogenen schändlichen Person die Querel gegeben worden sey, an jener Vermehrung des Pflichttheils keinen Antheil nehmen lassen. Allein beyde haben unrecht. Die Gründe dieser Meinungen habe ich an einem andern Orte [1]) geprüft und widerlegt. **Justinian** beruft sich selbst in einer neuern Verordnung, Novelle 89. Kap. 12. §. 3. bey der Gelegenheit, da er des Pflichttheils der Eltern gedenkt, ausdrücklich auf seine Constitution, wenn er daselbst sagt: Si vero habeant hi, quos praediximus, aliquos *ascendentium*, legitimam eis reliquant partem, *quam lex et nos constituimus*. Spricht nun gleich für die Geschwister kein so ausdrückliches Gesetz, so ist doch wenigstens kein hinreichender Grund vorhanden, sie von dieser Clausel auszuschliessen, da sich **Justinian** auch in andern Gesetzen eben so auszudrücken pflegt, wenn er dasjenige, was er zum Besten der Kinder verordnet hat, auch auf die übrigen Notherben ausgedehnt wissen will [2]). Ueberdem stand ja den Geschwistern anfangs (ab initio) die Querel, so gut als den Kindern und Eltern, ohne Einschränkung zu, und **Justinian** vergißt auch der Geschwister nicht, wenn er an einem andern Orte [3]) von dem Pflichttheile der Notherben sagt, er sey eine

100) MERLINUS de legitima Lib. I. Tit. III. Qu. 5. nr. 3. und VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 46.

1) S. meine Diss. de constituenda legitimae port. parentum quantitate Sect. II. §. 15. et 16.

2) Man s. *L.* 35. §. 3. *C. h. t.*

3) *Nov. I. in Praefat.* §. 2. *in fin.*

eine pars certis perſonis tribuenda, *tanquam a natura eis debita*. Hierin ſind auch nun die meiſten ſowohl Theoretiker [4]) als Practiker [5]) einverſtanden.

III. Iſt der Pflichttheil durch die Nov. 18. Kap. 1. auf ein Drittel oder die Hälfte der ganzen Erbſchaft erhöhet worden, oder iſt er auch nur, wie vormals, ein Theil derjenigen Portion, welche den Kindern, Eltern oder Geſchwiſtern *ab inteſtato* zugefallen ſeyn würde? Dieſe Frage iſt ſehr ſtreitig und ſchwierig. Sie iſt aber auch gewiß nicht minder wichtig. Zwar macht es keinen Unterſchied, wenn außer den Perſonen, denen der Pflichttheil gebührt, keine andere Inteſtaterben vorkommen, und überdem auch die Notherben insgeſammt in dem ihnen gebührenden Pflichttheile eingeſetzt worden ſind. Hier iſt es gleichviel, ob man ſagt: der Pflichttheil iſt ein Theil des ganzen Nachlaſſes, oder ein Theil der Inteſtaterbportion. Z. B. die Inteſtaterben des Verſtorbenen wären ſeine zwey Kinder gewe-

4) *Ger.* NOODT Comm. ad Pandect. h. t. Tom II. *Oper.* pag. 173. §. *Sed apparet* etc. *Luc. van de* POLL de exheredatione et praeterit. Cap. LXIV. §. 8. ſqq. *Io. Ortw.* WESTENBERG Diſſert. III. de portione legitima. Cap. III. §. 12. ſeqq. FRANTZKIUS in Comm. ad Pand. h. t. n. 32. et 33. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 28. WALCH Introd. in controv. iur. civ. pag. 189. §. 3.

5) *Pet.* GUDELINUS in Comm. de iure noviſſimo Lib. II. c. 7. *Conr.* RITTERSHUSIUS in Expoſit. Novell. P. VI. cap. 4. nr. 10. CARPZOV Iurispr. for. P. III. Conſt. XII. Def. 11. nr. 3. *Caſp.* MANZ Tr. de legitima Qu. 6. et 7. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 43. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. T. II. §. 1710. pag. 891.

gewesen. Er hat sie aber blos im Pflichttheile eingesetzt, und ein Vermögen von 6000 fl. hinterlassen. Der Pflichttheil beträgt hier ein Drittel, und es ist gleichviel, man berechne ihn aus der ganzen Verlassenschaft des verstorbenen Vaters, oder nach dem Intestaterbtheile eines jeden Kindes. Denn nach jener Berechnung macht der Pflichttheil für beyde Kinder zusammen 2000 fl. diese müssen sie also unter sich theilen. Nach der letztern Berechnung hingegen wäre zuvörderst der Intestaterbtheil eines jeden Kindes auszumitteln. Dieser beträgt 3000 fl. Hiervon macht ein Drittel den Pflichttheil eines jeden Kindes aus. Es bekommt also nach der einen Berechnung, wie nach der andern, jedes Kind zu seinem Pflichttheil mehr nicht als 1000 fl. Eben so ist es auch bey dem Pflichttheile der Eltern, wenn sie beyde instituirt, und ausser ihnen keine andere Intestaterben vorhanden sind. Hier gilt also die Regel: Quanta est legitima *collective*, tanta etiam est *distributive* [6]).

Allein ein sehr großer Unterschied zeigt sich hierin, wenn entweder ausser den eigentlichen Pflichttheilsberechtigten noch andere Personen vorhanden sind, die mit jenen ab intestato

6) S. BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 16. und HAUBOLD ad *Eundem* not. 22. Tom. I. (*Lipsiae* 1801. 4.) pag. 398. Man bemerke hier folgende Ausdrücke: wird der Pflichttheil aus der ganzen Verlassenschaft nach der Zahl derjenigen berechnet, welchen er gebührt, so heißt diese Berechnung eine collective. Wird hingegen die legitima der Notherben nach dem Verhältniß ihres Intestaterbtheils computirt, so wird diese Berechnung eine distributive genennt. S. meine Diss. de constituenda legitimae port. parentum quantitate Sect. II. §. 13. pag. 117. sqq.

teſtato geerbt haben würden; oder wenn zwar nur Notherben allein concurriren, dieſe aber nicht insgeſammt auf den Pflichttheil eingeſetzt, ſondern nur einige, andere hingegen ſchlechthin zu Erben ernannt oder enterbt worden ſind. Z. B. der Verſtorbene hat auſſer den Eltern, die er auf den Pflichttheil zu Erben eingeſetzt hat, noch leibliche Geſchwiſter hinterlaſſen. Hier kommt ſehr viel darauf an, ob man den Pflichttheil der Eltern aus der ganzen Verlaſſenſchaft berechnet, oder ob man ihn für einen Theil der Inteſtaterbportion hält. Wir wollen z. B. den Fall annehmen, der Verſtorbene hätte einen Vater, und einen leiblichen Bruder hinterlaſſen, den erſtern blos im Pflichttheile, den letztern aber überhaupt zum Erben ernannt. Die Verlaſſenſchaft beträgt 12000 fl. Wird hier der Pflichttheil des Vaters zu einem Drittel ſeines Inteſtaterbtheils berechnet, ſo bekommt er 2000 fl. Denn ohne Teſtament hätten beyde in capita geerbt, und der Vater zu ſeinem Antheile 6000 fl. erhalten. Wollte man hingegen die legitima aus der ganzen Verlaſſenſchaft berechnen, ſo betrüge das Drittel 4000 fl., mithin noch einmal ſoviel, als nach jener erſtern Berechnung.

Man ſetze ferner, ein Vater habe von mehreren Kindern eins enterbt, die übrigen aber blos im Pflichttheile zu Erben eingeſetzt. Hier macht es einen groſſen Unterſchied, ob der Pflichttheil blos im Verhältniß zu dem Inteſtaterbtheil der Kinder, oder ohne dieſe Rückſicht nach der Zahl der Perſonen, die denſelben fordern können, aus der ganzen Verlaſſenſchaft des Verſtorbenen berechnet wird. Denn in dem erſten Falle iſt auch das enterbte Kind mitzurechnen, in ſofern es ab inteſtato mitgeerbt haben würde, in dem letztern Falle aber nicht. Man ſetze alſo, ein Vater habe

von zwey Kindern das eine enterbt, das andere aber blos im Pflichttheile eingesetzt. Wird hier der Pflichttheil ohne Rücksicht der Intestaterbfolge bestimmt, so beträgt er ein Drittel des ganzen Nachlaßes. Wird hingegen auf den Intestaterbtheil eines jeden Kindes Rücksicht genommen, und daher das enterbte Kind mitgezählt, so ist die legitima blos ein Drittel von der Hälfte des Nachlasses, welche das den Pflichttheil fordernde Kind zu seinem Erbtheil ab intestato erhalten haben würde. Besteht also der Nachlaß aus 1200 fl. so wird das instituirte Kind nach der ersten Berechnung 400 nach der letztern aber nur 200 fl. zu seiner legitima erhalten. Man setze ferner, der verstorbene Vater habe von fünf Kindern eins rechtmäßig enterbt, die übrigen vier aber nur im Pflichttheile instituirt; ist der Pflichttheil ein Theil der Intestaterbportion, so ist das enterbte Kind mit zu zählen, und die legitima der übrigen Kinder beträgt die Hälfte desjenigen, was jedes Kind ab intestato bekommen haben würde. Ist hingegen der Pflichttheil ein Theil der ganzen Verlassenschaft, so beträgt er hier für die vier Kinder zusammen, ohne das enterbte mitzuzählen, nur das Drittel.

Bey diesem auffallenden Unterschiede ist es unbegreiflich, wie Bachov Echt [7]) so gedankenlos schreiben konnte: *ieiuna videtur haec quaestio, an legitima sit portio eius, quod ab intestato debetur, an totius substantiae, quoniam haec non nisi patrefamilias mortuo debetur* [8]).

Es

7) Notae et animadvers. ad *Treutlerum* Disp. XIII. Th. XI. lit. B. pag. 535.

8) S. meine Diss. de legitima parentum §. 10.

Es fragt ſich nun, welche Meinung bey der Berechnung des Pflichttheils nach den Geſetzen anzunehmen ſey? Die meiſten Rechtsgelehrten [9]) ſtimmen darin überein, daß durch die Novelle 18. Kap. 1. nur die Grösse des Pflichttheils erhöhet, deſſen ehemalige Beſchaffenheit aber, vermöge welcher derſelbe blos ein Theil der Inteſtaterbportion war, nicht abgeändert worden ſey. Der Pflichttheil ſey alſo auch nach dem neueſten römiſchen Rechte immer nur der dritte Theil, oder die Hälfte desjenigen, was der Notherbe, welchem er gebührt, *ab inteſtato* würde erhalten haben.

9) STRUV Synt. iur. civ. exerc. X. Th. 32. *Io.* SCHILTER Diſſ. de legitimae cum quarta vel ſimili portione, ſuperſtiti coniugi debita, concurrentis computatione. (*Altorfii* 1697.) Membr. I. §. 22. ſqq. HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 14. pag. 292. (edit. *Franeq.* 1689.) *de* COCCEJI ius. civ. controv. h. t. Qu. XVIII. EMMINGHAUS ad *Eundem* c. l. not l. Tom. I. pag. 458. WESTENBERG Diſſ. III. de portione legitima. Cap. I—III. *Io. Chriſt.* CLAPROTH Diſſ. de computo legitimae ſecundum perſonas. *Goettingae* 1739. §. 21. Carl Fried. Gerſtlachers Beweis einer neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils. (Stuttgard 1772. 4.) §. 9. *Aug. Wilh.* MEYER Diſſ. de determinanda legitimae quantitate. *Goettingae* 1776. §. 6. ſqq. Weſtphal Theorie des Röm. Rechts von Teſtamenten §. 393. folgg. S. 278. ff. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1711. not. a. HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. pag. 398. not. z. Höpfner Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 473. Not. 8. Weber zu Höpfner S. 517. der neueſten Ausgabe. Dabelow Handbuch des heutigen gemeinen römiſch-deutſchen Privatrechts. 2 Th. 1. Abth. (Halle 1803.) §. 1076. FUNK Comm. de nexu inter ſucceſſionem ab int. et querelam inoff. teſtam. §. 23. u. a. m.

haben. Diese Meinung, welche auch die Praxis annimmt [10]), verdient allerdings den Vorzug [11]). Vor allen Dingen muß ich jedoch bemerken, daß wenn die Frage davon ist, ob der Pflichttheil ein Theil der ganzen Erbschaft oder nur des Intestaterbtheils sey, immer der Fall vorausgesetzt werde, daß mehrere Erben vorhanden sind, es seyen nun entweder blos Notherben, oder auch solche, welche wenigstens mit den Pflichttheilsberechtigten ab intestato würden geerbt haben. Denn ist nur ein Notherbe vorhanden, der auch der einzige nächste Intestaterbe gewesen seyn würde, so versteht es sich von selbst, daß hier der Pflichttheil kein Theil der Intestaterbportion, sondern ein Theil des ganzen Nach-

10) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 43. *Tob. Jac.* REINHARTHI select. Observationes ad *Christinaei* Decisiones. Vol. I. Obs. 54. nr. 4. pag. 138. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 171. et Tom. IV. Obs. 212. L. B. a WERNHER Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 82. nr. 2. Pütter auserlesene Rechtsfälle. 3. Bandes 1 Th. Resp. CCLX. nr. 44. ff. S. 238. *Fratr.* BECMANNORUM Consilia et Decision. P. II. Consil. XLVII. nr. 9. pag. 34. Consil. Tubing. Vol. I. Consil. 46. nr. 25. sqq.

11) Man sehe meine Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate Sect. II. §. 9. sqq. Die daselbst von mir angeführten zum Theil neuen Gründe findet man auch in der Kürze, so wie ich sie in meinen Vorlesungen über die Pandecten vorzutragen pflege, in Steins Versuche einer Abhandl. über die Lehre des Röm. Rechts von pflichtwidrigen Testamenten §. 50. u. 51. aus welcher Schrift sie denn auch Herr Köchy in seinen theor. pract. Commentar über die Pandecten 2. Theil 2. Abth. S. 451. folgg. treulich, fast bis auf die nämlichen Worte, aufgenommen hat.

Nachlaſſes ſey [12]). Daß nun aber auſſer dieſem Falle der Pflichttheil immer nur ein Theil deſſen ſey, was der Notherbe in der geſetzlichen Erbfolge würde erhalten haben, und derſelbe daher immer im Verhältniß zu dem Inteſtaterbtheile zu berechnen ſey, erhellet aus folgenden Gründen.

1) Der Pflichttheil erhielt ſeine geſetzliche Beſtimmung zuerſt durch Einführung des Falcidiſchen Geſetzes, und wird daher nicht nur ſelbſt, auch noch in den neueſten Verordnungen des Krs. Juſtinian [13]) Falcidia genennt, ſondern auch mit der quarta legis falcidiae verglichen [14]). So wie nun nach der Abſicht des Falcidiſchen Geſetzes in dem Falle, da mehrere Erben vorhanden ſind, jedem Miterben der vierte Theil der ihm beſtimmten Erbportion übrig gelaſſen werden muß, nach der Regel: *ratio legis falcidiae in ſingulis heredibus ponenda eſt* [15]); ſo wurde nach der Analogie dieſes Grundſatzes auch der Pflichttheil der Notherben auf den vierten Theil desjenigen feſtgeſetzt, was jeder derſelben zu ſeinem Antheile würde bekommen haben, wenn der Erblaſſer ohne Teſtament verſtorben wäre [16]).

 2) Ju=

12) S. REUTER Diſſ. de effectu querelae inofficioſi teſtamenti §. 1. in not.

13) *L. 31. C. de inoff. teſtam. Nov. XCII. in Praefat.*

14) *L. 8. §. 9. D. de inoff. teſtam.*

15) §. *1. I. de Lege Falcid. L. 77. D. eodem. Iac.* VOORDA Commentar. ad Leg. Falcidiam. Cap. V. §. 1. und *Ioach. Bechtold* L. B. *de* BERNSTORFF Diſſ. de ratione legis falcidiae in ſingulis heredibus, maxime ſubſtitutis, ponenda. *Goettingae* 1754. §. 9.

16) *L. 8. §. 6. et 8. D. h. t. L. 8. pr. Cod. eodem. L. 2. Cod. de inoff. donat.*

2) Justinian nennt in seinen ältern Verordnungen vor der Nov 18. den Pflichttheil ausdrücklich einen Theil der Intestaterbschaft. Nicht nur §. 3. *I. h. t.* sagt er: Sin vero quantacunque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta: de inofficioso querela quiescente, id, quod eis deest, usque ad *quartam legitimae partis* repleatur; sondern noch deutlicher drückt sich der Kaiser *L.* 31. *Cod. h. t.* aus, wo es heißt: Quae nuper ad testamenta conservanda nec facile retractanda sancivimus, ut *ratione falcidiae* minime *illis personis* derelictae, *quae ad inofficiosi testamenti querelam ex prioribus vocabantur legibus*, non periclitentur testamenta, sed quod deest *legitimae portioni*, id est, *quartae parti* scil. *ab intestato successionis*, tantum repleatur; exceptis illis, quibus nihil in testamento derelictum est, in quibus prisca iura illibata servamus: etiam ad testamenta sine scriptis facienda locum habere sancimus. Eben so sagt er: *L.* 20. *C. de Collationib.* Illud sine ratione a quibusdam in dubietatem deductum, plana sanctione revelamus: ut omnia, quae in *quartam portionem ab intestato successionis* computantur *his, qui ad actionem de inofficioso testamento vocantur*: etiam si intestatus is decesserit, ad cuius hereditatem veniunt, omnimodo coheredibus suis conferant. Quod tam in aliis, quam in his, quae occasione militiae uni heredum ex defuncti pecuniis acquisitae lucratur is, qui militiam meruit, locum habebit: ut lucrum, quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat, non solum testamento condito *quartae parti ab intestato successionis* computetur, sed etiam ab intestato conferatur. Endlich *Nov. I. cap.* 1. §. 1. heißt es: Si quis autem non implens quod disposi-

tum

tum eft, fed dum competat ei qui honoratus eft, quod relictum eft, etiam ex decreto iudicis admonitus, annum totum protraxerit, non agens hoc, quod praeceptum eft, fi quidem aliquis *illorum* fuerit, *qui neceffario ex lege quid capiunt*, in plus autem, *quam quod lex ei dare vult*, fcriptus eft heres, tantum accipiat folum, quantum lex ei dare fecundum *quartam ab inteftato partem* concedit, reliquum vero omne auferri. In diesen Gesetzen ist nicht blos von dem Pflichttheile der **Kinder**, sondern **aller Notherben** die Rede, *qui ad querelam inofficiofi teftamenti vocantur.* Es ist daher keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß der Pflichttheil der Eltern und Geschwister eben so, wie die legitima der Kinder, immer nur eine portio portionis ab inteftato debitae sey.

3) Durch die Novelle 18. hat **Justinian** nur die **ehemalige Grösse des Pflichttheils**, keinesweges aber die **eigentliche Beschaffenheit** desselben, nach welcher er nur **ein Theil der Intestaterbportion** ist, abgeändert. Dies sagt **Justinian**

a) selbst ganz klar **Kap. 2. der Nov. 18.** Omnibus aliis legibus, wie es nach **Hombergk** heißt, quae de querela inofficiofi latae funt, et maxime noftris, in fuo robore confervandis, tam liberos ingratos quod attinet, quam eos, qui tales non funt: EXCEPTA SOLA QUANTITATE, *quam impraefentiarum fecundum ea, quae ante definita funt, auximus.* Eben dieses beweißt

b) der **Beweggrund**, weswegen **Justinian** den Pflichttheil erhöhet hat. Dieser war blos **Mißfallen** an **der gar zu grossen Geringfügigkeit** der alten le-

gitima, nicht Mißfallen an der Art, sie zu berechnen. Dieß erhellet nicht nur aus der Präfation der Nov. 18. wo Justinian sagt: Ac saepe alias mirati sumus, cur legitimis et gratis liberis, quibus gratias referunt parentes, definiverint, ut id, quod relinquendum est, (quod etiam debitum vocant) *quadrans* tantum sit [17]), qui necessario relinquatur, reliquum vero a voluntate parentum pendeat: ac cognati quidem et extranei et servi cum libertate omnia accipiant, *liberi vero, et si multi sint, licet etiam parentes non offenderint, pudore suffusi quadrantem solum dividant, et si decem vel forte plures sint, sicque liberi patris, dum viveret, divitis, pauperes sint*; sondern noch deutlicher ist dieses aus der Nov. 39. Kap. 1. zu ersehen, wo Justinian sagt: Hoc solum innovantes, ut si quis in posterum bona sua restitui iubeat, primum filio *legitimam partem*, non *quartam*, (hoc enim *correximus*, NIMIAM EIUS TENUITATEM DAMNANTES) sed *tertiam* omnino servet, vel *dimidiam* pro numero liberorum.

c) Justinian sagt Nov. 18. Kap. 1. der neue Pflichttheil solle an die Stelle der alten Quarte treten, und allen denen zu statten kommen, die im Falle der Ausschliessung ein Testament als lieblos anfechten können. Schon hieraus folgt, daß er eben das, was die alte Quarte gewesen, nämlich ein Theil der Intestaterbportion geblieben

sey;

17) Hombergk, dem ich bis dahin gefolgt bin, hat hier: *solus triens sit*. Allein dies ist ganz unrichtig. Im griechischen Text heißt es: μόνον τριεύγκιον, d. i. *solum triuncium*. TRIUNCIUM ist aber soviel als *quadrans*.

ſey; nach der Regel: *Surrogatum ſapit naturam eius, cui ſurrogatur.* Dieſem ſteht

d) nicht entgegen, wenn **Juſtinian** da, wo er von dem Pflichttheile der Kinder redet, ſich der Ausdrücke bedient: *tertia propriae ſubſtantiae pars, media totius ſubſtantiae pars.* Das Wort *πέρισσία*, welches hier der Kaiſer gebraucht hat, heißt zwar bey den Griechen soviel als *patrimonium*, oder *bona* [18]); es ſoll alſo durch jene Ausdrücke wirklich der ganze Nachlaß des Verſtorbenen angedeutet werden. Allein deßwegen läßt ſich doch daraus noch keineswegs folgern, daß der Kaiſer die ehemalige Natur des Pflichttheils habe abändern wollen. Denn **Juſtinian** wollte hier den Pflichttheil für alle Kinder insgeſammt beſtimmen, daher mußte er bey deſſen Berechnung des ganzen Nachlaſſes gedenken. Daß hier bloß von der collectiven Computation des Pflichttheils für die Kinder insgeſammt die Rede ſey, erhellet daraus ganz klar, weil der Kaiſer gleich nachher befiehlt, daß der Triens oder Semis unter die Kinder gleichmäßig vertheilt werden ſolle. Er ſetzt alſo voraus, daß den Kindern insgeſammt der Pflichttheil hinterlaſſen worden ſey, wie man aus den Worten ſieht: Sed *quod cuique competit*, per omnia aequale ſit tam in qualitate, quam in quantitate, *ſive quis illud per modum inſtitutionis*, ſive *legati*, ſive quod idem eſt, *fideicommiſſi nomine relinquat.* Hiernächſt verdient bemerkt zu werden, daß zu der Zeit, als **Juſtinian** die Nov. 18. promulgirte, die Kinder in

 der

18) S. *Guil.* KEITZII Gloſſarium Theophilinum, Tomo II. *Paraphraſis Inſtitution. graecae* adject. pag. 1286.

der Intestaterbfolge ihrer Eltern noch keine Concurrenten hatten, die mit ihnen zugleich ab intestato hätten erben können. Erst späterhin wurde durch die Nov. 53. Kap. 6. verordnet, daß der überlebende arme Ehegatte neben den Kindern des verstorbenen reichen Gatten einen Theil aus des letztern Nachlasse als Miterbe bekommen solle. Diese Novelle wurde ein Jahr nach der Nov. 18. (im Jahr Christi 537.[19]) promulgirt. Waren nun also die Kinder zur Zeit der Novelle 18. die alleinigen Intestaterben von der Substanz der Güter ihrer verstorbenen Eltern, so konnte Justinian auch aus diesem Grunde mit Recht den vermehrten Pflichttheil derselben, nach Verschiedenheit ihrer Anzahl, eine *tertiam* oder *mediam totius substantiae partem* nennen. Denn dieser war doch immer nur ein Theil der ihnen damals allein gebührenden Intestaterbschaft[20]). Wie wenig sich aus jenen Ausdrücken schließen läßt, daß Justinian die durch die älteren Gesetze bestimmte Eigenschaft des Pflichttheils habe abändern wollen, erhellet daraus sonnenklar, daß auch schon vor der Novelle 18. der Pflicht-

19) S. *Abr.* WIELING Index Novellar. Iustiniani, adject. EIUS *Iurisprud. Restitutae* pag. 167.

20) Ob auch noch nach der Nov. 53. oder nach der erst im Jahre 541. promulgirten Nov. 117. Kap. 5. der Pflichttheil der Kinder in dem Falle, da sie mit dem hinterbliebenen armen Ehegatten des verstorbenen Ascendenten concurriren, aus dem ganzen Vermögen des letztern, ohne Abzug des dem armen Ehegatten ab intestato gebührenden Antheils, zu berechnen sey, ist eine andere Frage, welche ich in meiner Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate §. 23. verneinend entschieden habe. Ich werde davon noch in der Folge ausführlicher handeln.

Pflichttheil der Kinder überhaupt *quarta bonorum*[21]), ja mit ausdrücklichen Worten *quarta pars totius ſubſtantiae*[22]) genennt wird. Wie ſehr gut hingegen Juſtinian gewußt habe, daß wenn die Kinder, denen der Pflichttheil hinterlaſſen worden iſt, die alleinigen Inteſtaterben ihrer Eltern geweſen ſeyn würden, es gleichviel ſey, ob man ſagt, der Pflichttheil ſey ein Theil des ganzen Nachlaſſes, oder ein Theil deſſen, was die Kinder *ab inteſtato* bekommen haben würden, ſieht man vollends aus der Novelle 22. Kap. 48. ganz deutlich, wo Juſtinian in Beziehung auf die Nov. 18. ſagt: Nam cum ſemel PORTIONEM AB INTESTATO, quae omnino *liberis* relinquenda eſt, *auxerimus*, et quidem, ſi quatuor, *ſemiſſem* TOTIUS SUBSTANTIAE omnino *definiverimus*, ſatis ſolatii liberis iam dedimus, *non modica acceſſione antiquam eorum anguſtiam tollentes*. Dieß kann nun aber keinesweges auf den Fall gezogen werden, da auſſer den Perſonen, denen der Pflichttheil gebührt, noch andere Inteſtaterben vorhanden ſind. Hier kann der Pflichttheil nie anders, als im Verhältniß zur Inteſtaterbportion desjenigen, der denſelben zu fordern hat, berechnet werden. Dieß lehrt endlich

4) auch ſchon die Natur der Sache ſelbſt. Denn wollte man den Pflichttheil auch in dieſem Falle, ohne Rückſicht auf die geſetzliche Erbfolge, immer aus dem ganzen Nachlaß des Verſtorbenen berechnen, ſo würden hier-

21) *L. 6. Cod. h. t.*

22) *L. 4. Cod. de liberis praeterit.*

aus lauter Ungereimtheiten entstehen. Auf solche Art würden bey der Bestimmung des Pflichttheils zuweilen Güter in Anschlag kommen, von denen der Notherbe selbst in dem Falle, wenn der Erblasser ohne Testament verstorben wäre, nichts erhalten haben würde. Man denke sich den Fall, daß mit den Pflichttheilsberechtigten der Ehegatte des Erblassers concurrirt, der seine statutarische Portion verlangt, welchen Fall ich weiter unten ad §. 547. erörtern werde. Ja es würde der im Pflichttheile eingesetzte Notherbe ganz gegen die Absicht des Erblassers zuweilen eben soviel, oder wohl gar noch mehr zu seinem Pflichttheile erhalten, als derselbe zu seinem Antheile ab intestato bekommen haben würde. Was berechtiget uns nun, eine solche offenbare Ungereimtheit in der Justinianeischen Legislation anzunehmen? Man setze z. B. den Fall, der Erblasser hätte von drey Kindern das eine bloß im Pflichttheile instituirt. Der Nachlaß betrüge 6000 fl. Wollte man hier den Pflichttheil des Kindes aus der ganzen väterlichen Verlassenschaft berechnen, ohne auf den Intestaterbtheil des Kindes Rücksicht zu nehmen, so betrüge die legitima 2000 fl. folglich eben soviel, als das Kind ab intestato bekommen haben würde. Hätte nun also der Testator nicht ganz zwecklos gehandelt, daß er das Kind im Pflichttheile eingesetzt hat? Wir wollen ferner annehmen, der Verstorbene hätte drey leibliche Brüder und einen Vater hinterlassen. Letzter wäre bloß im Pflichttheile instituirt. Wir wollen setzen, die ganze Verlassenschaft bestehe in 12000 fl. Hier betrüge der Intestaterbtheil des Vaters 3000 fl. der Pflichttheil hingegen, nach dem Betrage des ganzen Nachlasses berechnet, die Summe von 4000 fl. also mehr, wie der ganze

Inte-

Inteſtaterbtheil. Iſt nun dieſes nicht höchſt unnatürlich und ungereimt?

Dieſer Evidenz ungeachtet fehlt es dennoch nicht an Rechtsgelehrten, welche jene Meinung geradezu für falſch erklären, und ſich einbilden, Juſtinian habe in der Nov. 18. Kap. 1. nicht allein die Summe des Pflichttheils erhöhet, ſondern auch ausdrücklich verordnet, daß der Pflichttheil nach der Zahl der Perſonen, die denſelben zu fordern berechtiget ſind, ohne Rückſicht auf die Inteſtaterbfolge, immer die Hälfte oder das Drittel der ganzen Verlaſſenſchaft ſeyn ſolle. Ja ſie wollen ſogar behaupten, daß ſchon vor Juſtinian die alte legitima eigentlich in dem vierten Theil des ganzen Nachlaſſes des Verſtorbenen beſtanden habe, und nur blos bey den Kindern eine portio portionis ab inteſtato genennt werde [23]). Allein die Gründe für dieſe Meinung ſind leicht zu widerlegen.

1) Das Hauptargument, deſſen ſich alle bedienen, beſteht darin: der Pflichttheil ſey bloß eingeführt, um die Querel über liebloſe Teſtamente auszuſchließen. Er gebühre alſo

23) Unter die Vertheidiger dieſer Meinung gehören beſonders *Math. Benon.* HERING in Diſſ. de computanda legitima matris in concurſu cum germanis praeteritis. *Roſtochii* 1746. *Henr.* WAGNER in Diatriba, in qua demonſtratur, parentum portionam legitimam totius hereditatis trientem eſſe. *Marburgi* 1772. Joh. Alb. Colmar von dem Pflichttheil der Aeltern vorzüglich nach nürnbergiſchen Rechten. Nürnberg 1785. 8. *Car. Frid.* WALCH Introduct. in controverſ. iuris civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 1. et 9. und beſonders *Lud. God.* MADIHN in Progr. de portione legitima, non portione portionis ab inteſtato debitae. *Trajecti cis Viadr.* 1788.

also nur denen, welche zur Querel berechtiget sind, und zwar in soweit, als ihnen die Querel zusteht[24]). Wer also nicht klagen könne, könne auch keinen Pflichttheil fordern. So wenig nun Ascendenten mit Descendenten, oder Geschwister mit Ascendenten in der Querel concurriren, so wenig könnte auch eine Concurrenz dieser Personen bey der Bestimmung des Pflichttheils derselben Statt finden.

Allein der Schluß, den man hier macht, ist offenbar falsch. Es sind zwey ganz verschiedene Fragen: **wer erhält den Pflichttheil?** und **wie ist der Pflichttheil derjenigen zu berechnen, welche ihn fordern können?** die hier sichtbar mit einander verwechselt werden. Nun hat es zwar seine Richtigkeit, daß Ascendenten keinen Pflichttheil fordern können, wenn Descendenten vorhanden sind, und daß auch den Brüdern kein Pflichttheil gebührt, wenn Ascendenten vorhanden sind, welche ihn fordern können. Allein es folgt nicht, daß diejenigen, welche im vorkommenden Falle selbst den Pflichttheil nicht fordern können, auch deswegen in der Berechnung des Pflichttheils derjenigen Personen, welchen derselbe gebührt, nicht mitgezählt werden dürften; oder daß diejenigen, welche bey der Berechnung des Pflichttheils mitzuzählen sind, auch an demselben Antheil nehmen müßten. Das Gegentheil lehrt Ulpian ganz deutlich, wenn er sagt:

24) Sie berufen sich vorzüglich auf den §. *6. I. h. t.* wo **Justinian** sagt: Igitur quartam quis debet habere, *ut de inofficioso agere non possit.* — Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut sive unus fuerit, sive plures, *quibus agere de inofficioso testamento permittitur*, una quarta eis dari possit, *ut ea pro rata eis distribuatur.*

ſagt [25]): quod filius exheredatus *partem faciat* in computanda legitima portione alteri filio relicta, und zwar aus dem ausdrücklich beygefügten Grunde: *quoniam quarta debitae* ſc. ab inteſtato *portionis ſufficit ad excludendam querelam.* Nun aber heißt die Redensart: *partem facere,* nichts anders, als eine Perſon, welche in dem vorkommenden Falle den Pflichttheil nicht erhält, bey der Berechnung des Pflichttheils der andern Perſon mitzählen, weil jene ab inteſtato mit geerbt haben würde [26]). Daß es an ſich gar nicht widerſprechend ſey, *ut quis partem faciat, qui partem non capit*, beweiſen mehrere Geſetzſtellen [27]). Man ſagt,

2) der Pflichttheil könne darum auf die Inteſtaterbportion des Notherben keine Beziehung haben, weil die Ordnung in Anſehung des Rechts zur Querel von der Inteſtaterbfolgeordnung von jeher ganz verſchieden geweſen ſey. Denn nach der Querelordnung klagten die Aſcendenten gleich nach den Deſcendenten, wenn ſchon Geſchwiſter vorhanden waren; und doch giengen letztere den Aſcendenten ehemals in der geſetzlichen Erbfolgeordnung vor; ja nach der Nov.

118.

25) *L.* 8 §. 8. *D. h. t.*

26) S. *Henr.* COCCEJI Diſſ. de liberis, qui partem et numerum faciunt. *Francof. ad Viadr.* 1717. Sect. II. nr. 30. PARTEM FACERE *dicitur,* ſagt Cocceji, *non qui illam capit, ſed cuius exiſtentia cauſa eſt, ne illa alteri accreſcat, nec is plus parte ſua habeat.* Man ſehe auch meine Diſſ. de conſtit. legit. port. parent. quantitate. Sect. II. §. 10. not 76,

27) *L.* 16. *pr. D. de legat. I. L.* 34. §. 9. *L.* 84. §. 8. *D. eodem. L.* 14. §. *fin. D. de iure codicillor. L.* 1. §. *ult. D. de Collation.* Meine Differt. Sect. III. §. 34. pag. 200. ſq.

118. haben Eltern und leibliche Geschwister ein gleiches Intestaterbrecht, und doch kommt letzteren die Querel nur dann zu, wenn ihnen eine ehrlose Person ist vorgezogen worden. Beweis genug, daß auch bey der Bestimmung des Pflichttheils der Eltern auf sie keine Rücksicht zu nehmen sey. — Allein auch dieser Grund ist nicht entscheidend. Man kann zugeben, daß die Ordnung in Ansehung des Rechts zur Querel mit der Intestaterbfolgeordnung nicht vollkommen harmonire, wovon ich oben ausführlicher gehandelt habe; es war aber doch von jeher Grundsatz, daß nur Intestaterben allein zur Querel berechtiget sind. Dieß lehrt der Grund der Gesetzgebung über die Querel. Denn man wollte den gesetzlichen Erben ihr Erbrecht gegen lieblose Schmälerung desselben sicher stellen. Noch mehr überzeugt uns hiervon die bekannte Erdichtung des Wahnsinns (*color insaniae*), welche man ursprünglich zur Begründung der Querel annahm. Denn wie konnte man es für Wahnsinn halten, wenn man eine solche Person im Testamente nicht bedacht hatte, der ohnedem kein Erbrecht zustand [28])? Es harmonirt daher vollkommen damit, wenn Ulpian [29]) sagt, daß es zur Ausschließung der Querel genüge, wenn man dem-

28) Rudihn in der angef. Schrift §. 2. sagt zwar: *Ad querelam etiam admittebantur, qui nullo plane iure succedendi gaudebant, modo de testatore se bene meritos probarent.* Allein dies ist ganz unerweislich, wie schon längst SEGER in Diss. Observationes iuris civilis cont. *Lipsiae* 1768. Obs. II. gegen Heineccius, und neuerlich SCHRADER in Commentat. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testam. Cap. I. §. 7. gegen Böhmer und *van de* WATER überzeugend dargethan haben.

29) *L.* 8. §. 6. *et* 8. *D. h. t.*

demjenigen, welcher sie anstellen könnte, den vierten Theil desjenigen hinterlasse, *quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamilias decessisset;* alsdann könne man sicher testiren. Dagegen wendet man nun zwar

3) ein, daß diejenigen Gesetze, in welchen der Pflichttheil eine *pars debitae ab intestato portionis* genennt wird, bloß von dem Pflichttheile der Kinder redeten, bey denen es freylich gleichviel sey, ob man den Pflichttheil einen Theil des ganzen Nachlasses, oder einen Theil der Intestaterbportion nenne; allein davon lasse sich auf den Pflichttheil anderer Notherben um so weniger ein gültiger Schluß machen, da der Fall bey Kindern nur zufälliger Weise jene Ansicht erhalte. Daß in andern Fällen auf die Intestaterbportion keine Rücksicht zu nehmen sey, erhellet daraus, weil auch die *quarta falcidia*, nach deren Analogie der Pflichttheil seine erste gesetzliche Bestimmung erhalten, *quarta pars omnium bonorum* sey. So wie nun also der Testator dem eingesetzten Erben den vierten Theil der Erbschaft unbeschwert hinterlassen muß, so müsse auf gleiche Art dem Notherben der vierte Theil der ganzen Erbschaft hinterlassen werden.

Dieser Grund verdient fast keine Wiederlegung. Die Beantwortung desselben liegt wirklich schon in den oben vorgetragenen Gründen der entgegengesetzten Meinung. Es ist ganz falsch, daß die Gesetze, in welchen die legitima eine *pars portionis ab intestato debitae* genennt wird, blos von Kindern reden. Man vergleiche doch die *L.* 31. *C. h. t. L.* 20. *pr. Cod. de Collat. Nov. I. Cap.* 1. §. 1. und man wird sich sogleich vom Gegentheil überzeugen. Eben so unrichtig ist, daß es bey Kindern in jedem Betracht gleich-

viel

viel sey, ob man die ihnen gebührende Legitima einen Theil des ganzen elterlichen Nachlasses, oder einen Theil ihrer Intestaterbportion nennt. Dieß ist nur dann gleichgültig, wenn die Kinder die alleinigen Intestaterben von der ganzen Verlassenschaft ihres verstorbenen Parens gewesen seyn würden, und überdem sämmtliche Kinder auf den Pflichttheil zu Erben eingesetzt worden sind, wie schon oben gezeigt worden ist. Endlich soviel das von der quarta falcidia hergenommene Argument anbetrift, so paßt dieses bloß auf den Fall, wenn nur ein Erbe vorhanden ist. Hier ist freylich die Falcidie der vierte Theil der ganzen Erbschaft. Allein sind mehrere Miterben vorhanden, so muß jeder derselben den vierten Theil seines Erbtheils übrig haben, nach der Regel: *ratio legis falcidiae in singulis heredibus ponenda est;* und nach dieser Analogie mußte also auch jedem Notherben der vierte Theil seiner Intestaterbportion hinterlassen werden, wenn die Inofficiositätsklage wegfallen sollte. Hieraus entsteht also vielmehr ein Hauptargument für unsere Meinung, welches auch schon oben benutzt worden ist. Allein gesetzt, fahren unsere Gegner

4) fort, man wollte zugeben, wogegen sie sich jedoch durch Protestation feyerlich verwahren, der Pflichttheil sey nicht bloß bey Kindern, sondern auch bey den Ascendenten und Geschwistern immer nur ein Theil der Intestaterbportion, so würde doch auf jeden Fall der Antheil des bey der Berechnung des Pflichttheils mitzuzählenden Intestaterben den Pflichttheilsberechtigten accresciren! Denn! daß das ius accrescendi auch bey der Legitima Statt finde, sagt **Paulus** ausdrücklich *L.* 23. §. *ult. D. h. t.* Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, *pars*

eius

eius alteri adcrescit, idemque erit, si tempore exclusus sit. Man beruft sich ferner auf *L. un. C. Quando non petent. port. petent. adcresc.* [30]).

Allein

30) Vielleicht möchte mancher meiner Leser daran zweifeln, ob je ein solches Argument gebraucht worden sey, denn ich selbst ward anfangs mißtrauisch gegen meine Augen. Ich muß also zu meiner Rechtfertigung die hierher gehörige Stelle aus dem oben angeführten Madihnschen Programm §. IV. selbst hersetzen: *Sed demus aliquando, quod concedere tamen nunquam possumus volumusque, portionem legitimam semper et non solum in liberis, sed etiam in ascendentibus et fratribus esse portionem portionis ab intestato debitae, adeoque in hoc casu et fratres esse connumerandos, tamen omnino in eo casu, si fratres in testamento praeteriti sunt, eamque ob causam ex hereditate nihil capere possunt*, EORUM QUOQUE PARS LEGITIMAE PORTIONIS PARENTIBUS ACCRESCERE DEBERET! *Namque si legitima est portio portionis ab intestato debitae, tota quoque ex statu successionis aestimanda erit*, i. e. *triens aut semissis pro numero personarum ab intestato succedentium. Esset igitur triens aut semissis inter hos heredes ab intestato concurrentes dividenda, sed ex supposito fratres neque ex testamento, quoniam rite praeteriti sunt, neque propter querelam inofficiosi, quia hanc in casu non praelatae personae turpis non habent, quidquam ex hereditate, adeoque nec ex legitima capere et exigere possunt*, ADEOQUE EA PARS LEGITIMAE, QUAE IN COLLATERALES CADERET, ACCRESCERE DEBERET PARENTIBUS *eadem ratione, ac iuste exheredati filii et secundum communem opinionem exheredati fratris portio reliquis accrescit*, QUONIAM IUS ACCRESCENDI AUT POTIUS IUS NON DECRESCENDI SEMPER IN LEGITIMA PORTIONE OBTINUIT. *Quonam vero iure reliquorum concurrentium pars apud heredem residere deberet, equidem ego non video!!*

Allein das ius accrescendi findet ja nur inter coheredes coniunctos Statt, die zu einer und derselben Erbschaft entweder durch das Gesetz oder durch den Willen des Erblassers berufen sind. Nun aber läßt sich doch wohl unmöglich eine Conjunction zwischen dem im Pflichttheile eingesetzten Notherben und demjenigen annehmen, der mit demselben ab intestato geerbt haben würde. So etwas zu behaupten, ist auch gewiß dem guten **Paulus**, auf dessen Auctorität man sich beruft, nie eingefallen. Er sagt es ja deutlich genug, daß er bloß von der Querel rede. Hier findet das ius accrescendi freylich Statt, weil die Intestaterbsfolge eintritt, wenn das Testament durch die Querel rescindirt wird [31]). Allein mit dem Pflichttheile verhält sich die Sache ganz anders. Bey dessen Berechnung kann der Natur der Sache nach kein ius accrescendi Statt finden, weil das Gesetz dem Notherben seinen bestimmten Theil von der Erbschaft angewiesen hat, mehr kann er also mit vollkommenen Recht nicht verlangen [32]). Daher sagt auch **Ulpian** ausdrücklich: *exheredatum partem facere* [33]). Deutlicher hätte er das ius accrescendi bey der Berechnung des Pflichttheils gar nicht ausschließen können.

31) *Luc. van de* POLL de exheredatione et praeteritione cap. 78. *Henr.* COCCEJI Diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt. Sect. III. nr. 5. seqq. *Ern. Christ.* WESTPHAL Disp. de iure accrescendi inter coheredes, interdum iure non decrescendi, interdum secus. *Halae 1761.* Cap. VII. §. 29.

32) Vortreflich setzt *Ger.* NOODT in Commentar. ad Pandect. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 170. den Unterschied auseinander, warum bey der Querel und nicht bey der Berechnung des Pflichttheils das ius accrescendi Statt finde.

33) *L. 8. §. 8. D. h. t.*

nen[34]). Eine andere Frage ist, ob unter den auf den Pflichttheil eingesetzten Notherben ein ius accrescendi Statt findet, wenn einer von denselben vor der Antretung der Erbschaft stirbt, oder seinen Antheil ausschlägt? diese Frage wird von verschiedenen Rechtsgelehrten bejahet[35]). Davon ein Mehreres hernach. Endlich

5) soll sogar eine Ungereimtheit aus der gemeinen Meinung folgen! Wie so? Sie soll darin bestehen. Nach unserer Meinung würde die Mutter, wenn ausser derselben vollbürtiger Geschwister Kinder vorhanden wären, bloß den dritten Theil ihrer Intestaterbportion zum Pflichttheil erhalten, da doch die Geschwister Kinder keine Notherben sind. Wenn hingegen Halbgeschwister vom Vater her coexistirten, so würde die Mutter das Drittel der ganzen Verlassenschaft erhalten, da doch die fratres consanguinei gewissermassen Notherben sind.

Ich muß gestehen, daß ich hierin auch nicht die mindeste Inconsequenz finde. Denn fratres consanguinei sind ja, wenn Eltern vorhanden sind, so wenig Notherben, als die Geschwister Kinder. Dahingegen kenne ich keine grössere Ungereimtheit, als jene, welche aus der entgegengesetzten Meinung folgt, nämlich daß nach derselben der im

34) S. *Franc.* DUARENUS de iure accrescendi. Lib. I. cap. 14. (in EIUS *Operib. Francof.* 1592. edit. pag. 1085.) COCCEJI Diss. cit. Sect. II. nr. 19. sqq. *Sam. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 18. Tom. I. pag. 458. WESTPHAL cit. Diss. Cap. IV. §. 22. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1713. not. d. pag. 897.

35) S. SCHAUMBURG Comp. iur. Digest. h. t. §. 5. und *Frid. Christ.* SCHANTZ Diss. de iure accrescendi ab intestato et ex testamento. *Marburgi* 1743. Cap. II. §. 120.

Pflichttheile eingesetzte Notherbe ganz wider die Absicht des Erblassers zuweilen eben so viel, oder wohl gar noch mehr, zu seiner Legitima erhalten würde, als derselbe zu seinem Antheile ab intestato bekommen hätte; wie schon oben näher gezeigt worden ist. Man sagt zwar, „daß sey Ausnahme von der Regel, und der Gesetzgeber könne unmöglich auf das, was selten geschieht, Rücksicht nehmen, sondern er müsse Billigkeit und Recht in Obacht nehmen"[36]). Allein was berechtigt uns denn, auch nur ausnahmsweise eine Ungereimtheit zu statuiren?

VI. Kann auch der Pflichttheil der Eltern bis auf die Hälfte steigen, oder ist er immer nur ein Drittel der Erbschaft, die ihnen ab intestato zugefallen seyn würde? Diese Frage ist unter den Rechtsgelehrten nicht minder streitig, wie ich in meiner mehrmals angeführten Dissertation gezeigt habe. Es lassen sich hier folgende Fälle gedenken.

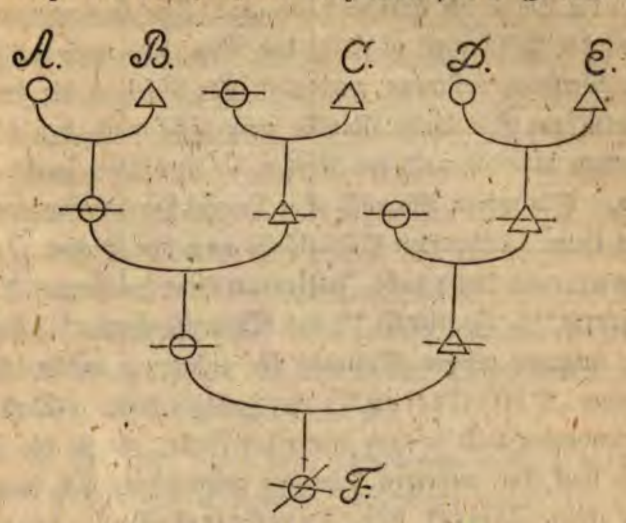
A. Die Eltern wären die alleinigen Intestaterben gewesen. Hier ist

1) so viel gewiß, daß wenn blos Ascendenten des ersten oder zweyten Grades vorhanden sind, der Pflichttheil nur ein Drittel der Erbschaft seyn könne, die ihnen ab intestato zugefallen seyn würde; weil hier die Anzahl der Personen nie über vier steigen kann. Hierüber ist man einverstanden. Allein wie wenn

2) Ascen-

36) Man sehe Colmar von dem Pflichttheile der Aeltern. S. 36.

2) Aſcendenten des dritten Grades concurriren, und mehr als vier Perſonen vorhanden ſind? Z. B.



die verſtorbene F. hat fünf Urgroßeltern hinterlaſſen. Von Seiten des våterlichen Großvaters beyde Urgroßeltern A. B. von Seiten der våterlichen Großmutter eine Urgroßmutter C. und von Seiten der mütterlichen Großmutter beyde Urgroßeltern D. E. Ein freylich ſeltner aber doch nicht unmöglicher Fall. Hier iſt es ſehr ſtreitig, ob der Pflichttheil dieſer Aſcendenten nach den Köpfen oder nach den Linien zu berechnen ſey? Das erſte behaupten **Bardili**[37]), **Weſtenberg**[38]), **Madihn**[39]) und **Hofacker**[40]), welche

37) Diſp. de condictione ex lege ad ſupplementum legitimae. *Tubingae 1659.* §. 33.

38) Diſſ. III. de portione legitima. Cap. III. §. 19. et 20.

39) Princip. iur. Rom. de ſucceſſionibus §. 145. pag. 176. ſeq.

40) Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1714. nr. II. pag. 897. ſeq.

welche der Meinung sind, daß der Pflichttheil in dem angegebenen Fall nach der Zahl der hier vorkommenden Personen die Hälfte der Erbschaft betrage. Ihr Hauptgrund ist, weil der Pflichttheil zu Folge der Nov. 18. nach der Zahl der Personen bestimmt werden müsse; überdem die Ascendenten zur Zeit dieser Novelle noch nicht nach den Linien sondern vielmehr nach den Köpfen ab intestato geerbt hätten. Sie wären also auch ohne Zweifel bey der Berechnung des ihnen gebührenden Pflichttheils nach den Köpfen gezählt worden, und dieses habe **Justinian** nicht geändert. Allein **Greve**[41]), **Haubold**[42]) und **Emminghaus**[43]) halten die entgegen gesetzte Meinung für richtiger, welche ich in meiner Dissertation[44]) vertheidiget habe. Daß die Ascendenten auch in dem bemerkten Falle, da sie die Zahl von fünf oder mehreren Personen ausmachen, sich dennoch mit dem Drittel der Intestaterbschaft begnügen müssen, erhellet daraus ganz klar, weil hier nach der Novelle 118. Kap. 2. eine successio in lineas Statt findet, wenn der Erblaßer ohne Testament verstorben wäre. Die Erbschaft wäre nämlich, ohne auf die Zahl der Personen Rücksicht zu nehmen, in zwey gleiche Hälften getheilt worden, wovon die eine an die väterliche, die andere an die

41) Exercitationes ad Pandectar. loca difficiliora. Exercit. VII. §. 19. pag. 184.

42) Ad *Bergeri* Oeconom. iuris. Tom. I. pag. 398. not. a.

43) Ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 28. not. t. Tom. I. pag. 471.

44) De constituenda legitimae port. parentum quantitate. Sect. II. §. 18. pag. 141. seqq.

die mütterliche Linie gefallen seyn würde [45]). Nun ist der Pflichttheil ein Theil der Intestaterbportion, wie in den Vorhergehenden hinlänglich erwiesen worden ist. Es muß folglich auch bey dessen richtiger Bestimmung diejenige Art der Erbfolge zum Grunde gelegt werden, welche ab intestato eingetreten seyn würde. Daß die Succeſſio in lineas zur Zeit der Nov. 18. noch nicht Statt hatte, sondern erst späterhin ist eingeführt worden, thut gar nichts zur Sache, genug daß **Justinian** die Natur des Pflichttheils durch die Nov. 18. nicht hat abändern wollen, wie ich oben ausführlicher dargethan habe. Es versteht sich auch von selbst, daß der Triens unter die Groß- und Urgroßeltern auch nach den **Linien** zu vertheilen sey.

B. Es sind außer den Ascendenten noch **leibliche Geschwister** des Erblaßers vorhanden, welche ab inteſtato mit jenen auf gleiche Weise geerbt haben würden. Kann hier der Pflichttheil der Eltern auf die Hälfte steigen, wenn z. B. die Geschwister mit den Ascendenten eine Zahl von fünf oder mehr Personen ausmachen sollten? Es giebt über diese Frage vier verschiedene Meinungen. Einige [46]) ent-

45) Meine syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 118. Nr. 4. S. 363. ff.

46) *Ger.* NOODT Comment. ad Dig h. t. §. *Sed apparet.* T. II. *Oper.* pag. 173. LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 43. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. X. Th. 13. MÜLLER ad *Eundem* not. γ WESTENBERG Diſſ. III. de portione legitima. Cap. III. §. 19. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 28. in fin. pag. 471. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. u. *Io. Chriſt.* CLAPROTH Diſſ. de computo legitimae ſecundum perſonas. *Goett. 1739.* §. 24. **Rößlin** Gedanken von richtiger Berechnung

welche der Meinung sind, daß der Pflichttheil in dem angegebenen Fall nach der Zahl der hier vorkommenden Personen die Hälfte der Erbschaft betrage. Ihr Hauptgrund ist, weil der Pflichttheil zu Folge der Nov. 18. nach der Zahl der Personen bestimmt werden müsse; überdem die Ascendenten zur Zeit dieser Novelle noch nicht nach den Linien sondern vielmehr nach den Köpfen ab intestato geerbt hätten. Sie wären also auch ohne Zweifel bey der Berechnung des ihnen gebührenden Pflichttheils nach den Köpfen gezählt worden, und dieses habe **Justinian** nicht geändert. Allein **Greve**[41]), **Haubold**[42]) und **Emminghaus**[43]) halten die entgegen gesetzte Meinung für richtiger, welche ich in meiner Dissertation[44]) vertheidiget habe. Daß die Ascendenten auch in dem bemerkten Falle, da sie die Zahl von fünf oder mehreren Personen ausmachen, sich dennoch mit dem Drittel der Intestaterbschaft begnügen müssen, erhellet daraus ganz klar, weil hier nach der Novelle 118. Kap. 2. eine succeſſio in lineas Statt findet, wenn der Erblaßer ohne Testament verstorben wäre. Die Erbschaft wäre nämlich, ohne auf die Zahl der Personen Rücksicht zu nehmen, in zwey gleiche Hälften getheilt worden, wovon die eine an die väterliche, die andere an die

41) Exercitationes ad Pandectar. loca difficiliora. Exercit. VII. §. 19. pag. 184.

42) Ad *Bergeri* Oeconom. iuris. Tom. I. pag. 398. not. a.

43) Ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 28. not. t. Tom. I. pag. 471.

44) De constituenda legitimae port. parentum quantitate. Sect. II. §. 18. pag. 141. seqq.

die mütterliche Linie gefallen seyn würde [45]). Nun ist der Pflichttheil ein Theil der Intestaterbportion, wie in den Vorhergehenden hinlänglich erwiesen worden ist. Es muß folglich auch bey dessen richtiger Bestimmung diejenige Art der Erbfolge zum Grunde gelegt werden, welche ab intestato eingetreten seyn würde. Daß die Succeſſio in lineas zur Zeit der Nov. 18. noch nicht Statt hatte, sondern erst späterhin ist eingeführt worden, thut gar nichts zur Sache, genug daß Justinian die Natur des Pflichttheils durch die Nov. 18. nicht hat abändern wollen, wie ich oben ausführlicher dargethan habe. Es versteht sich auch von selbst, daß der Triens unter die Groß- und Urgroßeltern auch nach den Linien zu vertheilen sey.

B. Es sind außer den Ascendenten noch leibliche Geschwister des Erblaßers vorhanden, welche ab inteſtato mit jenen auf gleiche Weise geerbt haben würden. Kann hier der Pflichttheil der Eltern auf die Hälfte steigen, wenn z. B. die Geschwister mit den Ascendenten eine Zahl von fünf oder mehr Personen ausmachen sollten? Es giebt über diese Frage vier verschiedene Meinungen. Einige [46]) ent-

45) Meine syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 118. Nr. 4. S. 363. ff.

46) *Ger.* NOODT Comment. ad Dig h. t. §. *Sed apparet.* T. II. *Oper.* pag. 173. LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 43. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. X. Th. 13. MÜLLER ad *Eundem* not. γ. WESTENBERG Diſſ. III. de portione legitima. Cap. III. §. 19. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 28. in fin. pag. 471. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. u. *Io. Chriſt.* CLAPROTH Diſſ. de computo legitimae ſecundum perſonas. *Goett.* 1739. §. 24. Rößlin Gedanken von richtiger Berechnung

entscheiden dieselbe schlechthin bejahend; andere[47]) hingegen verneinen sie durchaus, und glauben, daß der Pflichttheil der Eltern, ohne auf die Zahl der Geschwister Rücksicht zu nehmen, immer nur den dritten Theil der Erbschaft betrage. Noch andere[48]) nehmen zum Grundsatz an, daß zwar in der **Berechnung des Pflichttheils** die Personen, nach deren Anzahl die Theile der gesetzlichen Erbfolge zu bestimmen sind, mitgezählt werden müßten, wenn sie gleich selbst den Pflichttheil nicht fordern können; aber unrichtig sey es, eben dieses auch bey der **Bestimmung des Pflichttheils** überhaupt, ob er nämlich ⅓ oder die Hälfte seyn soll, in Anwendung zu bringen. Dies hänge blos von der Zahl der Personen ab, denen der Pflichttheil gebührt. Hiernach seyen also zwar bey der Berechnung des Pflichttheils der Eltern die Geschwister mitzuzählen, um den Intestaterbtheil der Eltern auszumitteln, allein die Con-

nung des Pflichttheils. 2. Stück. **Stuttgard** 1773. §. 14. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1714. nr. III. pag. 898. *Lud. Henr.* LILIEN Specim. de legitima §. 6. pag. 19. sqq.

47) *Henr.* WAGNER Diatr. in qua demonstratur, parentum portionem legitimam totius hereditatis trientem esse. *Marb.* 1772. **Colmar** von dem Pflichttheil der Aeltern. **Nürnberg** 1785. 8. MADIHN Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 145. in fin. pag. 177. WALCH Introduct. in controvers. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. 2. §. 9.

48) *Ant.* FABER de erroribus Pragmaticor. et Interpret. iuris. Decad. XV. Err. 4. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. Cap. LXIV. §. 12. et 13. et Cap. LXV. §. 4. MANZ Tr. de legitima Quaest. VI. nr. 6. sqq. et Qu. IX. und **Weber** in der neuen Ausgabe des **Höpfnerschen** Commentars über die Heinecc. Institutionen §. 473. Not. 8. S. 517.

Concurrenz der Geschwister könne nie bewirken, daß die legitima der Eltern bis auf die Hälfte des Intestaterbtheils steige. Wenn also z. B. Jemand mit Hinterlassung eines Vaters und vier Brüder verstirbt, so könne der väterliche Pflichttheil nicht die Hälfte, weil den Brüdern kein Pflichttheil zukommt, sondern nur ein Drittel der Intestaterbportion betragen. Endlich giebt es Rechtsgelehrte [49]), welche einen Unterschied machen, ob die Geschwister neben den Eltern zu Erben eingesetzt, oder mit Uebergehung derselben den Eltern blos der Pflichttheil hinterlassen worden ist. In dem ersten Falle seyen die Geschwister bey der Bestimmung des Pflichttheils der Eltern mitzuzählen, und derselbe betrage daher nach der Zahl sämmtlicher Intestaterben, entweder ein Drittel oder die Hälfte des Intestaterbtheils. In dem letztern Falle komme es darauf an, ob eine honette oder eine schimpfliche Person zum Erben mit eingesetzt worden sey, im ersten Falle betrage der Pflichttheil der Eltern ohne Rücksicht auf die Geschwister immer das Drittel der ganzen Erbschaft, im letztern hingegen seyen die Geschwister mitzuzählen.

Ich habe alle diese Meinungen in meiner Dissertation geprüft, und der ersten den Vorzug gegeben. Denn ist der Pflichttheil, wie gar nicht zu bezweifeln, ein Theil der Intestat-

49) CUJACIUS in Exposit. Novellar. ad Nov. 18. STRYK de cautelis testamentorum. Cap. XVII. Membr. I. §. 24. VOET Comment. ad Pandect. h. t. § 47. MERLINUS de legitima Lib. I. Tit. 4. Qu. 3. BERLICH Conclusion. practicab. P. III. Conclus. XII. nr. 51. und HERING Diss. de computanda legitima matris in concursu cum germanis praeteritis. *Rostochii 1746.* Sect. II.

testaterbportion, so müssen nothwendig bey dessen richtigen Bestimmung alle diejenigen mitgezählt werden, die auf den Fall der Intestaterbfolge Miterben gewesen wären, ob sie gleich für ihre Person keinen Pflichttheil zu fordern berechtiget sind. Nun erben die vollbürtigen Geschwister zugleich mit den Eltern ab intestato, sie müssen also auch nothwendig bey der Bestimmung des Pflichttheils der Ascendenten mitgezählet werden, wenn die Berechnung richtig angestellt werden soll. Es ist höchst seltsam, wenn nach der dritten Meinung behauptet werden will, als wenn zwar die Geschwister bey der Bestimmung des Intestaterbtheils der Eltern, aber nicht bey der Bestimmung des Pflichttheils selbst mitzuzählen wären, mithin der Pflichttheil derselben immer nur das Drittel der Intestaterbportion betrage, wenn gleich fünf und mehrere Intestaterben concurriren sollten. Wie dies dem Geiste der Nov. 18. entsprechen soll, ist mir unerklärbar. Justinian erhöhet darin den Pflichttheil nach der Zahl der Personen, die bey dessen Bestimmung concurriren, von $\frac{1}{4}$ auf $\frac{1}{2}$ oder die Hälfte des Intestaterbtheils, damit, wenn der Personen viel sind, derselbe nicht gar zu klein ausfalle. Diese Vermehrung ist nicht bloß zu Gunsten der Kinder, sondern auch nach der ausdrücklichen Verordnung des Kaisers zum Besten der übrigen Notherben gemacht worden. Es muß folglich auch der Pflichttheil der Ascendenten nach der Zahl der Intestaterben entweder ein Drittel oder die Hälfte desjenigen betragen, was sie ab intestato geerbt haben würden. Wollte man nun die mit den Eltern ab intestato concurrirenden Geschwister bloß als partem facientes mitzählen, d. i. um nach der Anzahl derselben zu bestimmen, wie viel der Intestaterbtheil der Eltern beträgt, also dieselben

selben bloß *ad minuendam parentum legitimam* mitzählen; auf deren Anzahl hingegen keine Rücksicht nehmen, wenn es darauf ankommt, ob der Pflichttheil der Eltern die Hälfte oder nur ein Drittel sey, oder, wie man es sonst auszudrücken pflegt, die Geschwister nicht auch als *numerum facientes*, also ad augendam portionem parentum legitimam, mitzählen; so würde daraus nicht nur eine offenbare Inconsequenz, sondern auch die größte Ungerechtigkeit entstehen, welche der Absicht des Gesetzgebers um so mehr entgegenstreitet, je kleiner der Pflichttheil ausfallen würde, wenn z. B. ein solcher Fall, der in den Beyträgen zur juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten [50]) erzählt wird, da nämlich Jemand mit Hinterlassung seiner beyden Eltern, welche er im Pflichttheile instituirt hatte, und acht leiblicher Geschwister verstarb, öfters vorkommen sollte. Der Grund, den man anführt, warum man die Geschwister bey der Bestimmung des Pflichttheils der Eltern nicht als numerum facientes mitgezählt wissen will, nämlich, weil den Brüdern kein Pflichttheil zukommt, will gar nichts sagen. Denn sollte der Grund wirklich gelten, so dürften ja auch die Geschwister nicht als partem facientes mitgezählt werden. Sodann ist es aber auch eine ganz falsche Voraussetzung, wenn man behauptet, daß bey der Bestimmung des

50) Achte Sammlung. (Dessau 1785. 8.) S. 16. Nr. III. Mit Recht erkannte das Kammergericht zu Berlin in dem bemerkten Falle beyden Eltern zusammen den zehnten, oder jedem derselben den zwanzigsten Theil des vom Erblasser nachgelassenen eigenen Vermögens, als die Hälfte ihres Intestaterbtheils, zum Pflichttheile zu.

des Pflichttheils niemand mitgezählt werden dürfte, als dem der Pflichttheil wirklich zukommt. Wäre dies, so müßte auch **Ulpian**[51]) Unrecht haben, wenn er sagt: exheredatum *facere partem* in constituenda legitimae quantitate, quamvis non capiat partem. Mit Recht sagt daher **Anton Faber**[52]): Nec quod fratribus legitima nulla debetur, ad rem facit, *quoniam in ponenda legitimae ratione, non qui in legitimae petitione concurrant nec ne, inspiciendum est, sed quis in successione intestati concursurus esset, si ab intestato succederetur.* Proinde qui ad partem hereditatis legitimae admitterentur, haud dubie faciunt partem in computatione legitimae, licet ad nullam legitimae partem admittantur.

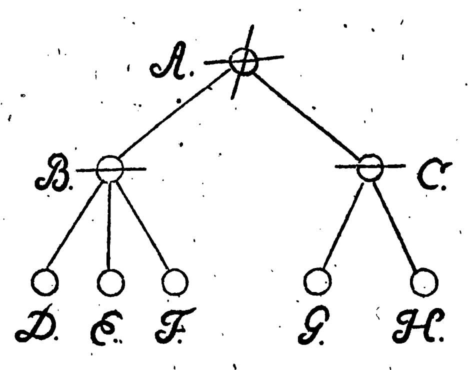
V. Ist der Pflichttheil der Enkel nach den Köpfen oder nach den Stämmen zu berechnen? Hier ist

1) soviel gewiß, daß wenn lauter Enkel von verschiedenen Kindern vorhanden sind, oder Enkel mit ihren Onkeln oder Tanten concurriren, sowohl bey der Bestimmung des ihnen gebührenden Pflichttheils als bey der Vertheilung desselben eben so, wie bey der Intestaterbfolge der Enkel, auf das Verhältniß der Stämme Rücksicht zu nehmen sey. Man nehme also z. B. den Fall an:

der

51) *L. 8. §. 8. D. h. t.*

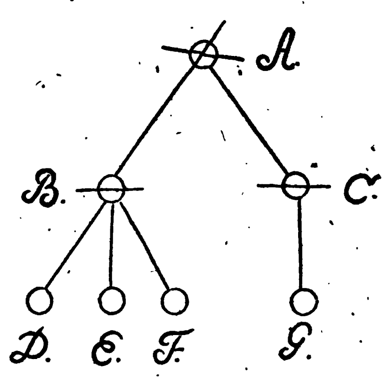
52) Error. Pragmaticor. Dec. XV. Err. 4. pag. 359. (Edit. *Lugd.* de a. 1605. 8.)



der verſtorbene Großvater A. habe von zwey ſchon vor ihm verſtorbenen Söhnen B. und C. mehrere Enkel, nämlich von dem einen drey D. E. F. von dem andern zwey G. H. alſo zuſammen fünf, hinterlaſſen, und dieſelben bloß im Pflichttheile eingeſetzt. Wie viel beträgt der Pflichttheil dieſer Enkel? Wäre hier der Pflichttheil nach der Zahl der Perſonen zu beſtimmen, ſo betrüge derſelbe die Hälfte der Erbſchaft. Allein da der Pflichttheil nur ein Theil der Inteſtaterbportion iſt, ſo muß er nach den Stämmen berechnet werden, weil die Enkel auch ab inteſtato *in ſtirpes* ſuccediren[53]). Der Pflichttheil für alle fünf Enkel iſt alſo nur das Drittel, ſoviel derſelbe betragen haben würde, wenn ihre beyden Väter noch am Leben, und dieſe ſelbſt im Pflichttheile eingeſetzt worden wären. Dieſer Triens iſt nun aber auch unter die fünf Enkel wieder nach den Stämmen zu vertheilen. Daher werden die drey Enkel des Sohns B. die Hälfte, die zwey Enkel des Sohns C. aber die andere Hälfte davon erhalten. Eben dieſes beſtätigt

53) Meine ſyſtemat. Erörterung der Lehre von der Inteſtaterbfolge §. 99. S. 289.

stätigt auch Ulpian[54]) ganz deutlich, wenn er sagt: Si sint ex duobus filiis nepotes: ex uno plures, tres puta, ex uno unus: unicum *sescuncia* (d. i. der vierte Theil von der Hälfte der Intestaterbschaft) unum ex illis *semuncia* (d. i. der vierte Theil von $\frac{1}{6}$) der Intestaterbschaft) querela excludit. Ulpian entscheidet hier folgenden Fall.



Wenn A. ab intestato gestorben wäre, so hätte der hinterlassene einzige Enkel G. des Sohns C. die Hälfte, die drey Enkel D.E.F. des andern Sohns B. hingegen hätten zusammen die andere Hälfte der Erbschaft erhalten, so wie es den Regeln der Successionis nepotum in stirpes gemäß ist. Nun hatte der Großvater diese Enkel bloß im Pflichttheile instituirt. Dieser war also ebenfalls nach den Stämmen zu berechnen. Er betrug folglich nach dem Rechte des Ulpianischen Zeitalters bey dem Enkel G. des Sohns C. den vierten Theil von der Hälfte der Intestaterbschaft (sescuncia), hingegen bey jedem der drey Enkel des andern Sohns B. das Viertel von dem einem jeden derselben ab intestato gebührenden sextans (*semuncia*). Nimmt man also an, die

54) *L. 8. §. 8. D. h. t.*

die Erbſchaft habe aus 12000. Solidis beſtanden, ſo bekam der Enkel des Sohns C. 1500. und jeder Enkel des andern Sohns B. 500. Solidos zu ſeinem Pflichttheil [55]). Dieſe Berechnung und Vertheilung des Pflichttheils bey Enkeln von verſchiedenen Kindern nach den Stämmen hat **Juſtinian** in der Nov. 18. Kap. 1. nicht abgeändert, ſondern wenn der Kaiſer daſelbſt verordnet, daß der Pflichttheil nach der Anzahl der Kinder des erſten Grades, welche *ab inteſtato* geerbt hätten, beſtimmt und vertheilt werden ſoll, ſo muß dieß als Grundſatz auch bey der Beſtimmung und Vertheilung des Pflichttheils der von ihnen abſtammenden Enkel gelten. Derſelbe iſt daher nach der Abſicht des Geſetzes nicht nach der Anzahl ihrer Perſonen, ſondern vielmehr nach der Zahl der Söhne und Töchter des Erblaßers, von denen die Enkel abſtammen, zu berechnen, und eben ſo auch nach den Stämmen zu vertheilen. Hierin ſtimmen auch, ſo viel ich weiß, die theoretiſchen und praktiſchen Rechtsgelehrten mit einander überein [56]). Allein ſtreitig iſt es,

2) wie

55) Man ſehe über die L. 8. cit. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 18. pag. 458. **Weſtphals** Syſtem des R. R. von Teſtamenten §. 395. a. und meine Diſſert. Sect. II. §. 14.

56) *Franc.* BALDUINUS in Commentar. ad Nov. XVIII. (in *Iurisprud. Rom. et Attica* Tom. I. pag. 1215) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 48. *Pet.* GUDELINUS Commentar. de iure noviſſimo. Lib. II. cap. 7. pag. 69. *Io. Ortw.* WESTENBERG Diſſ. III. de portione legitima. Cap. III. §. 3. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 16. Not. 4. *Fratr.* BECMANNI in Conſil. et Deciſion. P. II. Conſil. XLVII. nr. 9. pag. 34. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1713.

2) wie in dem Falle, wenn nur allein mehrere Enkel von einem einzigen Sohne oder von einer einzigen Tochter vorhanden sind, der Pflichttheil dieser Enkel zu berechnen sey. Hier sind die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt. Einige [57]) behaupten, daß auch hier die Enkel nur als solche zu betrachten wären, welche in die Stelle ihres verstorbenen Vaters oder Mutter treten, und daß daher die Größe des Pflichttheils nicht nach der Zahl der Köpfe der Enkel zu berechnen sey, wenn deren auch fünf oder mehrere wären, sondern nur das Drittel der Erbschaft betrage, die ihnen ab intestato zugefallen seyn würde. Allein die meisten, besonders die praktischen Rechtsgelehrten [58]), glauben, daß in dem Falle, da nur allein mehrere Enkel von einem einzigen Kinde vorhanden

57) VOET c. l. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 145. not. b. HOFACKER c. l. Siebenkees vom letzten Willen §. 84. Lud. Fried. Griesinger Commentar über das Wirtembergische Landrecht. 6. Band. §. 93. S. 398.

58) FRANZKIUS Comment. in Pandect. h. t. nr. 31. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t §. 91. STRYK de cautelis testamentor. Cap. XVII. Membr. I. §. 22. CARPZOV Iurisprud. for. P. III. Const. XII. Definit. 11. BERGER c. l. p. 399. edit. *Haubold.*) MANZ Tr. de legitima Qu. V. nr. 6. WESTENBERG cit. Diss. Cap. III. §. 2. MERLINUS Tr. de legitima Lib. I. Tit. IV. Qu. 3. LUDOVICI Doct. Pandectar. h. t. §. 6. Röslin Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheils 2. Stück. §. 12. *Io. Christ. Aug.* HÜPEDEN Diss. de nepotum quorundam in legitima ab avo institutorum cum reliquis diversorum liberorum iam defunctorum descendentibus mediatis concurrentium portione legali eiusque computatione. *Marburgi Cattor.* 1769. §. 28.

handen sind, die Größe des Pflichttheils derselben nach den Köpfen zu bestimmen sey, und also nach der Zahl derselben ein Drittel oder die Hälfte desjenigen betrage, was sie ab intestato vom Großvater geerbt haben würden. Diese Meinung gründet sich darauf, daß in dem bemerkten Falle ab intestato keine successio in stirpes, sondern in capita Statt findet, der Pflichttheil aber jederzeit im Verhältniß zur Intestaterbfolge zu berechnen ist [59]). Allein der Einwurf des **Voet** [60]), daß doch der Vater dieser Enkel mehr nicht als den dritten Theil bekommen haben würde, wenn er im Pflichttheile wäre eingesetzt worden, und daß die Enkel eines Stammes mehr nicht als die Stammsportion erhalten können, ist allerdings erheblich. Aus diesen allen ergeben sich nun zur richtigen Berechnung des Pflichttheils folgende Regeln.

I. Um zu wissen, wie viel der Pflichttheil beträgt, muß zuvörderst ausgemittelt werden, wie viel der Notherbe zu seinem Antheile erhalten haben würde, wenn der Erblasser ohne Testament verstorben wäre [61]). Es müssen daher,

II. um die Grösse des Pflichttheils zu bestimmen, und ob der Notherbe ein Drittel oder die Hälfte seiner Intestatportion verlangen könne, nicht allein die, welchen der Pflicht-

59) BOEHMERI Position. de successione ab int. Cap. II. Membr. I. §. 29. und meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 31. u. §. 99 nr. 4. S. 288.

60) Comm. ad Pand. h. t. §. 48. pag. 305.

61) Woltärs Grundsätze der Rechtsgelehrsamkeit. (Halle 1785. 8.) §. 266. S. 404.

Pflichttheil wirklich gebührt, sondern auch alle diejenigen mitgezählt werden, die auf den Fall der Intestaterbfolge Miterben gewesen wären, ob sie gleich für ihre Person keinen Pflichttheil zu fordern berechtiget sind [62]). Dies ist eine nothwendige Folge des Grundsatzes, daß der Pflichttheil nur ein Theil der Intestaterbportion ist. Es kommt nichts darauf an, ob diese Personen, welche mit den Pflichttheilsberechtigten ein gleiches Intestaterbrecht haben, im Testament mit zu Erben eingesetzt worden sind, oder nicht, wenn sie nur nicht einer solchen Ursache wegen sind ausgeschlossen worden, weshalb sie nicht einmal ab intestato succeßionsfähig gewesen wären [63]). Hieraus sind die sehr bestrittenen Rechtsfragen zu entscheiden, ob enterbte Kinder, ferner diejenigen, welche bey Lebzeiten der Eltern abgefunden worden sind, oder der Erbschaft entsagt haben, bey der Berechnung und Bestimmung des Pflichttheils der übrigen darin eingesetzten Kinder mitzuzählen sind, wovon ich §. 549. weiter handeln werde.

III. Da der Pflichttheil nur ein Theil der Intestatportion ist, so folgt hieraus von selbst, daß sowohl bey der Bestimmung als Vertheilung desselben eben die Regeln, welche bey der Intestaterbfolge in Absicht auf die Succession

62) STRUV Syntagm. iur. civ. Ex. X. Th. 32. Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Band. §. 913. S. 133.

63) Es giebt allerdings solche Ursachen der Ausschließung, welche auch zur Intestaterbfolge unfähig machen. Solche kommen in Ansehung der Kinder *Nov. CXV. Cap. 3.* §. 9. *12. et 14.* in Ansehung der Eltern *Nov. cit. Cap. 4.* §. *4. 6. 7. et 8.* und in Ansehung der Geschwister *Nov. XXII. cap. 47.* vor. S. meine Differt. §. XIII. not. 94. pag. 125.

ſion nach den Köpfen, Stämmen, und Linien gelten, angewendet werden müſſen [64]). Ferner

IV. iſt noch zu bemerken, daß man, um die Gröſſe des Pflichttheils zu berechnen, auf die Zeit des Todes des Erblaſſers ſehen müſſe. Dieß gilt nicht nur,

1) wenn von der Beſtimmung des Vermögens die Rede iſt, aus welchem der Pflichttheil zu berechnen iſt. Hier kommt es bloß darauf an, wie viel das Vermögen damals, als der Erblaſſer ſtarb, betrug [65]). Ein nachheriger Zuwachs, den die Verlaſſenſchaft erhält, gereicht dem Notherben eben ſo wenig zum Vortheil, als eine nachherige zufällige Verminderung zum Schaden. Es tritt hier die Analogie der Falcidiſchen Quarte ein [66]). Sondern auch,

2) wenn von der Beſtimmung der Zahl der Perſonen die Rede iſt, nach welcher die Gröſſe des Pflichttheils zu berechnen iſt. Wenn daher der Erblaſſer fünf Kinder hinterläßt, welche er im Pflichttheile eingeſetzt hat, ſo iſt und bleibt der Pflichttheil die Hälfte ihres Inteſtat-

64) Meine Differt. Sect. II. §. 14.

65) *L. 6. C. h. t.* Cum quaeritur, an filii de inofficioſo patris teſtamento poſſint dicere, ſi quartam bonorum partem *mortis tempore* teſtator reliquit, inſpicitur. Thibaut Syſtem 2. Th. §. 913.

66) S. MANZ Tr. de legitima Qu. 17. 18. et 19. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. X. Th. 34. MÜLLER ad *Eundem* c. l. not. β. WESTENBERG Diff. III. de portione legitima. Cap. V. LILIEN Specim. de legitima §. 11. Thibaut Syſtem 2. Th. §. 913. beſonders VOET ad h. t. §. 54. et 55.

theilen sich wieder, indem einige mit Cujaz[74]) die *Lex Glicia*, andere mit Govean[75]) die *Lex Falcidia*, noch andere[76]) die Verordnungen der Kaiser, und insonderheit eine Constitution des Kaisers Marcus[77]) für die Quelle halten, aus welcher der Ursprung des Pflichttheils herzuleiten sey. Allein die Meinung, daß die Legitima ihren Ursprung dem geschriebenen Rechte der Römer verdanke, wird heut zu Tage von den meisten verworffen. Von einer *Lex Glicia*, die nach Cujaz von einem Dictator M. Claudius Glicia im Jahr der Erb. Roms 504. soll gegeben worden seyn, findet sich in dem ganzen Römischen Alterthum nicht die mindeste Spur. Schon dieß muß die Inscription der *L. 4. D. h. t.* CAIUS lib. singulari ad Legem Glitiam verdächtig machen, wenn auch die vom Cornelius van Bynkershök[78]) angegebene Verschiedenheit der Leseart die Aecht-

74) Observation. Lib. II. c. 21. et in *Papinian.* Lib. XIV. ad L. 15. D. de inoff. testam. Ihm stimmen bey GRAVINA de Legib. et SCtis. cap. 80. TERRASSON Histoire de la Iurisprud. Rom. pag. 125. und *Dion.* GOTHOFREDUS ad L. 4. D. de inoff. testam.

75) Lib. II. Lection. cap. 2. *Franc.* DUARENUS in Comm. ad hunc Tit. cap. XVII. in fin. *Oper.* pag. 187. *Claud.* CHIFLETIUS de portionib. legitimis cap. 3. *Ian. a* COSTA ad Tit. I. de inoff. test §. 6. *Ant.* SCHULTING ad *Pauli* recept. sent. Lib. III. Tit. 8. § 3. *Io. van de* WATER Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 11. Dieser Meinung stimmt auch Hellfeld bey.

76) *Iul. a* BEYMA de legitima cap. 1. adj. *Eiusdem* Comment. de Verb. Signif. et Reg. iuris. *Leovard. 1649.*

77) *Guid* PANCIROLLUS in Thes. variar. Lection. Lib. I. cap. 39. (in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. II. pag. 983.)

78) Observation. iur. Rom. Lib. II. c. 12.

Aechtheit jener Inſcription nicht ſchon an ſich zweifelhaft machte. Hätte wirklich **Cajus** einen Commentar über die *Lex Glicia* geſchrieben, ſo wäre wenigſtens unerklärbar, warum die Verfaſſer der Pandecten nur dieſe einzige Stelle daraus excerpirt hätten, die noch dazu nicht einmal von Bedeutung iſt; und noch weniger zu begreifen wäre es, warum **Juſtinian** ein ſo wichtiges Geſetz in ſeinen Inſtitutionen hätte mit Stillſchweigen übergehen können, wenn dadurch die Inofficioſitätsklage nebſt dem Pflichttheile wäre eingeführt worden. Eben ſo wenig kann man den Urſprung des Pflichttheils der *Lex Falcidia* oder gar noch einer jüngern kaiſerlichen Conſtitution zueignen, da ſich derſelbe ohne Zweifel ſchon in die Zeiten des Römiſchen Freyſtaats verliert [79]). Wie hätte **Ulpian** [80]) von der Falcidia auf den Pflichttheil argumentiren können? Das Falcidiſche Geſetz gab nur die Veranlaſſung, zur Beſtimmung der Gröſſe und Eigenſchaft des Pflichttheils. Daher kommt es, daß die Legitima auch Falcidia in den Geſetzen genennt wird [81]).

Die meiſten Rechtsgelehrten leiten daher den Urſprung des Pflichttheils mit mehrerem Grund aus dem Römiſchen Gewohnheitsrechte her. Allein auch hier ſcheiden ſich wieder die Meinungen, wenn es auf die nähere Angabe der Quelle ſelbſt ankommt. Einige ſchreiben den Urſprung der *auctoritati Prudentum*, andere [82]) den *moribus*,

 oder

79) ZEPERNICK cit. Hiſtoria Cap. I. §. 4. pag. 7.

80) *L. 8. §. 9. D. h. t.*

81) Man ſehe WESTENBERG Diſſ. I. de portione legitima cap. 3.

82) *Fr.* HOTMANNUS de quarta legitimar. cap. I. §. 1. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 4. und WESTENBERG de portione legit. Diſſ. I. cap. 4.

diesem Falle mußte es sich noch bey Lebzeiten des Sohns entscheiden, ob die Bedingung zur Wirklichkeit kommt oder nicht. Denn starb der Sohn pendente conditione, so war er bey seinem Leben weder als Erbe ernannt, noch enterbt, also übergangen, folglich wurde das Testament ungültig [89]). In dem letztern Falle hingegen, wenn der Einsetzung eines Notherben eine Potestativbedingung beygefügt worden, so galt das Testament, ohne daß eine Enterbung auf den entgegengesetzten Fall nöthig war. Eine solche Bedingung mußte erfüllet werden, auch wenn der Notherbe ein suus heres war [90]). Die Gesetze der Pandecten reden zwar eigentlich nur von Söhnen, die noch in der väterlichen Gewalt des Erblassers waren; bey Töchtern und Enkeln war es anders. Diese konnten unter jeder Bedingung gültig eingesetzt werden, sie mochte eine Casual- oder Potestativbedingung seyn. Bey diesen war auch eine Enterbung auf den entgegengesetzten Fall nicht nöthig. Denn ihre Präterition verursachte keine Nichtigkeit des Testaments, sondern gab blos dem iure accrescendi Raum [91]). Allein dieser ganze Unterschied fällt nunmehr weg, nachdem der Grundsatz festgestellt ist, daß blos die dem Pflichttheil auferlegte Beschwerde für nicht beygefügt geachtet werden solle. Auch eine Potestativbedin-

mentarii ad Tit. Pandectar. de liberis et postumis. P. III. Cap. II. §. 11—14.

89) *L. 28. pr. D. de lib. et postum.* Man sehe über diese Stelle vorzüglich FINESTRES c. l. §. 16. sq. pag. 82. sqq. und Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 411.

90) *L. 4. pr. D. de heredib. instit. L. 86. pr. D. eodem.* Westphal a. a. O. §. 405. FINESTRES c. l. §. 4—10. pag. 75. sqq.

91) FINESTRES c. l. §. 20. sqq.

bedingung braucht nun nicht mehr erfüllet zu werden, so weit sie den Pflichttheil betrift, und die Casualbedingung, unter welcher ein Notherbe ist eingesetzt worden, macht ebenfalls das Testament nicht weiter ungültig, es sey auf den entgegengesetzten Fall eine Enterbung geschehen, oder nicht. Denn das Gesetz redet ausdrücklich von allen Arten der Bedingung, und die Absicht desselben, das Testament da bey seiner Gültigkeit zu erhalten, wo es sonst angefochten werden konnte, setzt dieses vollends außer Zweifel[92]. Da bey dem Pflichttheile auch kein Verzug durch Zeitbestimmung Statt finden soll, so konnte die Frage entstehen, wie es in dem Falle zu halten sey, wenn Jemand einen extraneus zum Erben ernannt, diesem aber auferlegt hat, die Erbschaft ent-

92) S. *Guil.* RANCHINI variae Lectiones Lib. III. cap. 7. Westphals Lehre des Röm. Rechts von Testamenten §. 404. S. 300. und Geigers und Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. B. Nr. XVI. §. 6. S. 12. f. Mehrere Rechtsgelehrten sind indessen der Meinung, daß jene ältern Gesetze durch die *L. 32. C. h. t.* nicht schlechthin für aufgehoben zu halten wären, sondern ein Testament wenigstens in dem Falle null und nichtig sey, wenn darin ein suus heres, er sey Sohn oder Tochter oder Enkel, unter einer Casualbedingung eingesetzt worden, die nicht in seiner Gewalt steht, ohne auf den entgegengesetzten Fall enterbt zu seyn; weil die *L. 32.* nicht von solchen Fällen redet, wo das Testament null ist. *L. 4. C. de institut.* S. FINESTRES cit. Praelectionib. P. III. Cap. II. §. 11. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. VI. cap. 12. DUARENUS ad Tit. Dig. de inoff. test. cap. 4. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Tit. de conditionib. institut. §. 4. VINNIUS Comment. ad §. 9. I. de heredib. instit. und besonders Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 491. Not. 8.

entweder nach seinem Tode, oder sonst nach Ablauf einer bestimmten Zeit, an den Notherben abzuliefern. Justinian entscheidet diesen Fall in einer neuern Constitution [93]) dahin, daß dem Notherben soviel, als sein Pflichttheil ausmacht, sogleich abgegeben werden solle, ohne den Todesfall des fiduciarischen Erben, oder die Anfallszeit des Fideicommisses abwarten zu dürfen; das übrige Vermögen aber erst zu der Zeit restituirt werden solle, da es der Testator verordnet hat.

Sind Notherben selbst mit einem Fideicommiß beschwert worden, nach welchem sie die Erbschaft an einen andern wieder abliefern sollen, so ist der Pflichttheil nicht darunter begriffen [94]). Streitig hingegen ist es, ob auch ein gegen-

93) *L. 36. §. 1. C. h. t.* Cum quis, extraneo herede instituto, restituere eum filio suo hereditatem suam, cum moriatur, disposuerit, vel in tempus certum restitutionem distulerit: quia nostra constitutio, quae antea composita est, omnem dilationem, omnemque moram censuit esse subtrahendam, ut quarta pars pura mox filio restituatur: in huiusmodi specie, quid faciendum sit, dubitatur. Sancimus itaque, *quartae quidem partis restitutionem iam nunc celebrari, non exspectata nec morte heredis, nec temporis intervallo, reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit.* Sic etenim filius suam habebit portionem integram, et qualem leges et nostra constitutio definivit: et scriptus heres commodum, quod ei testator dereliquit, cum legitimo moderamine sentiet. Bey diesem deutlichen Gesetz macht *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XV. Err. 1. ohne Noth Schwierigkeiten; man sehe Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 403.

94) *L. 6. C. ad SCtum Trebell. Ge. Lud.* BOHMERI Diss. de liberis fideicommisso oneratis. *Goettingae 1749.* §. 9.

gegenseitiges **Fideicommiß**, welches der Vater unter seinen Kindern im Testament verordnet hat, als eine Beschwerde des Pflichttheils anzusehen sey? Mehrere Rechtsgelehrten [95]) läugnen dies aus dem Grunde, weil hier jedes Kind die Hoffnung hat, nach dem Tode des andern desselben Erbtheil zu erhalten, folglich eine solche Disposition den Kindern mehr zum Vortheil als zum Schaden gereicht. Diese Meinung scheint auch eine Verordnung des Kaisers **Alexander** [96]) für sich zu haben, in welcher es heißt: Si pater puellae, (cuius vos curatores esse dicitis) filio ex semisse, ipsa autem ex triente, et uxore ex reliquo sextante scriptis heredibus, fidei filiorum commisit, ut si quis eorum intra viginti quinque annos aetatis decederet, superstitibus portionem suam restitueret: praeterea uxori, ut id, quod ex causa hereditatis ad eam pervenisset, filiis post mortem suam restitueret, fideicommisit: *calumniosam inofficiosi actionem adversus iustum iudicium testatoris instituere non debetis*, cum ex huiusmodi fideicommissaria restitutione tam matris, quam fratris eius portio ad eam poterat pervenire. Andere [97]) hingegen glauben, diese Verordnung sey durch die neuern Verordnungen des Kaisers **Justinian**, nämlich durch die *L.* 32. *et* 36. *C. h. t.* abgeändert. Allein beyde haben Unrecht. Der Pflichttheil der Kinder darf auch mit keinem gegen-

95) FACHINAEUS Controvers. jur. Lib. V. cap. 20. PEREZ Praelect. in Cod. h. t. nr. 42. BERLICH Decis. 110. *de* SENCKENBERG de gravamine in legitima cap. 2.

96) *L. 12. Cod. h. t.*

97) VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 63. **Westphal** Theorie des R. R. von Testamenten §. 413. S. 307.

gegenseitigen Fideicommiß beschwert werden. Hat daher ein Vater die Verfügung unter seinen Kindern gemacht, daß nach dem Tode des einen, das überlebende Kind desselben Erbtheil erhalten solle; so kann jedes Kind doch seinen Pflichttheil von einem solchen Fideicommiß abziehen [98]). Diesem steht auch die *L.* 12. *C. h. t.* gar nicht entgegen. Denn darin ist blos die Frage entschieden worden, ob gegen ein solches väterliches Testament, worin ein gegenseitiges Fideicommiß unter den Kindern angeordnet worden, die querela inofficiosi angestellt werden könne? und dieses wird mit Recht verneinet. Denn nicht zu gedenken, daß die Kinder die Trebellianische Quarte abziehen konnten, welche ihnen, weil sie den Pflichttheil damals absorbirte, sogar aus der Substanz der Güter des verstorbenen Vaters, ohne Einrechnung der Früchte, gebührte [99]); so waren ja die Kinder zu Erben eingesetzt. Die Chikane der Vormünder in dem Falle der L. 12. war also um so mehr ersichtlich, da sie ein Testament durch die Querel zu entkräften suchten, in welchem ihre Mündel nicht enterbt, sondern vielmehr im dritten Theil zur Erbin eingesetzt war, und überdem die Hoffnung hatte, den Erbtheil ihrer Mutter und ihres Bruders zu erhalten. Da von dem Abzug der Quarte keine Frage war, als welche jedem Kinde vermöge der Gesetze ohnehin zustand, so

98) STRYK de cautelis testamentor. Cap. XVII. membr. 2. §. 17. et de Successf. ab intest. Diss. VII. Cap. I. §. 24. a PUFFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 81. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de liberis fideicommisso oneratis §. 9. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. Band. Medit. 142.

99) *L. 6. C. ad SCtum Trebell.*

so konnte auch in dem Rescript nichts davon enthalten seyn, es waren auch überdem schon andere Gründe genug vorhanden, um in dem vorliegenden Falle die Querel der Vormünder als ungegründet und unstatthaft zu verwerfen. Es läßt sich daher aus diesem Gesetz eben so wenig beweisen, daß sich die Kinder ein gegenseitiges Fideicommiß, mit welchem sie von ihrem Vater sind beschwert worden, auch selbst in Ansehung ihres Pflichttheils müßten gefallen lassen; als es nöthig ist, mit andern anzunehmen, daß die *L.* 12. durch die *L.* 32. *C. h. t.* aufgehoben sey [100]).

Uebrigens muß im Falle einer dem Notherben auferlegten Beschwerde der demselben gebührende Pflichttheil von dem übrigen Vermögen des Erblassers wohl unterschieden werden, wenn es gleich unter einer und eben derselben Verordnung des Testaments begriffen ist. In Ansehung desjenigen Vermögens also, welches dem Notherben ausser dem Pflichttheile hinterlassen wird, kann jede Beschwerde, Aufschub, Zeitbestimmung und Bedingung Statt finden, weil es dem Pflichttheilsberechtigten nicht nothwendig gebührt [1]).

2) Weil keine Beschwerde bey dem Pflichttheile Statt findet, so gilt auch die Beschwerde nicht, da man dem überlebenden Ehegatten den Nießbrauch von seinem ganzen Vermögen

100) Sehr richtig sagt PUFFENDORF c. l. §. 2. pag. 352. *Quodsi L. 12. C. de inoff. testam. abrogata dicitur, parum commode ostenditur, cur nihilominus et in Codice Iustiniani et in Basilicis quoque relata extet, cum praesertim Basilicorum auctores leges antiquatas alias neglexerint.*

1) *Nov. CXVII. cap. 1.* BOEHMER cit. Diss. §. 9. princ. und Westphal §. 404. S. 300.

mögen auf Lebenszeit hinterlassen, und seine Kinder in der bloßen Proprietät seiner Güter zu Erben eingesetzt hat. Hier muß wenigstens vor der Hand so viel, als der Pflichttheil der Kinder ausmacht, an solche unverzüglich abgegeben werden [2]). Schwerlich aus jenem Grundsatz abzuleiten, aber doch klar in den Gesetzen enthalten ist die Vorschrift, daß eine Mutter, wenn sie ihren Kindern mehr nicht als den Pflichttheil hinterläßt, dem Vater derselben, in dessen Gewalt sie noch sind, den Niesbrauch davon auf keine Weise entziehen dürfe [3]). Verschiedene Rechtsgelehrten

2) *Nov. XVIII. cap.* 3. Prohibemus vero, nach Hombergk, etiam illud, quod et grave est, et legitimam quidem causam habet, in magnam tamen crudelitatem et acerbitatem incidit. Scimus enim testamenta quaedam facta, in quibus defuncti non paterne, nec ut viros decuit, sed admodum molliter et demisse heredes instituerunt. Uxoribus enim suis omnem reliquerunt rerum suarum usumfructum, liberis vero nudum dominium, adeo ut putem, eiusmodi testamenti eam esse intentionem, ut etiam dominium mulier accipiat, liberis forte fame perimendis. Unde enim medio tempore se sustentarent, et victum quotidianum haberent, si nihil illis relinquatur, accedente forte muliebri et irrationali ira, quae ipsis quotidianum etiam victum eripiat. Nullo igitur modo ulli imposterum, qui liberos habet, tale quid facere licebit, sed omnino legitimae illius partis, quam nunc definivimus, usumfructum una cum proprietate relinquat, si liberorum, qui non statim fama pereant, sed habeant unde vivere possint, pater dici velit. Atque haec omnia dicimus, non tantum de patre solo sed et matre, avo proavo et unoquoque foeminis, aviae scilicet et proaviae tam paternae quam maternae conjuncto.

3) *Nov. CXVII. cap. 1. Mich. Henr.* GRIEBNER Diss. de Usufructu legitimae patri non adimendo. *Lipsiae 1706. Henr. God.* BAUER

ten [4]) wollen zwar dennoch das Gegentheil aus dem Grunde behaupten, weil nicht erweißlich sey, daß der Pflichttheil, welchen die Mutter ihren Kindern hinterlassen muß, unabänderlich von den Gesetzen für eine Art des peculii adventitii ordinarii erklärt worden, überdem das römische Recht die letztwillige Dispositionsfreyheit der Eltern in Ansehung des Pflichttheils der Kinder blos zum Besten der letztern eingeschränkt hätte, eine solche Einschränkung also in dem Falle nicht angenommen werden könne, da mittelst dieser Disposition die Condition der Kinder, denen der Pflichttheil verlassen worden ist, verbessert wird. Diese Meinung scheint auch die Avthentica: *Excipitur* Cod. de bonis, quae liberis zu begünstigen, wo es heißt: Excipitur, quod eis datur vel relinquitur ab aliquo parentum, conditione hac adiecta, *ne ad patrem perveniat ususfructus*. Allein man

BAUER Progr. de usufructu et administratione legitimae, a matre et ascendentibus maternis liberis relinquendae, patri non adimendis (in *Opuscul.* Tom. II. Nr. 29.) Quistorp rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Bem. 90. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. B. Medit. 50. WESTENBERG Diss. IV. de portione legitima cap. II. §. 7. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 414. S. 307. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. I. §. 580. MALBLANC Princip. iuris Rom. sec. ord. Digestor. P. II. Sect. I. §. 513. Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 914.

4) STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. XII. Th. 5. BERLICH P. I. Decis. 137. MEVIUS P. VII. Decis. 356. ROTGERSIUS in Apodict. demonstration. ad illustrandum ius Rom. Vol. I. Lib. I. pag. 207. und besonders Herr Prof. Woltär in der Hallischen juristischen Bibliothek 3. Versuch. (Thorn 1794. 8.) S. 261. folgg.

man darf nur die Worte der angeführten Nov. 117. Kap. 1. richtig verstehen, so wird man sich von dem Ungrunde der entgegengesetzten Meinung hinlänglich überzeugen. Sancimus igitur, so lauten die Worte nach Hombergk, ut matri, et aviae, reliquisque parentibus, *ubi liberis portionem legibus debitam reliquerunt*, reliquam ipsorum substantiam; sive solidum, sive partem voluerint, filio, vel filiae, vel nepoti, vel nepti, vel reliquis descendentibus donare, vel etiam ultima voluntate relinquere liceat: hac lege et conditione, *ut*, si velint, *pater*, *vel quicunque eos in potestate habet, in his rebus neque usumfructum, neque ullam plane partem habeat.* Haec enim *extraneis* etiam relinquere poterant, *unde nulla inde ad parentes utilitas pervenisset.* Iubemus autem, ut hoc non solum *parentibus*, sed *omni* etiam *personae* liceat. Der Kaiser geht hier von dem Grundsatz aus, daß den Eltern, wenn sie ihren Kindern den Pflichttheil, wie sich's gehört, hinterlassen, in Ansehung ihres übrigen Vermögens jede willkührliche Disposition freysteht. So wie nun also eine Mutter oder andere mütterliche Ascendenten, im Fall sie nur ihren Kindern oder Enkeln den Pflichttheil hinterlassen haben sollten, freysteht, ihr übriges Vermögen allenfalls auch fremden Personen zuzuwenden; so muß es ihnen auch, wenn sie ihr übriges Vermögen den Kindern lieber, als einem Fremden, zuwenden wollen, erlaubt seyn, in Ansehung desselben die Bedingung beyzufügen, daß der Vater oder Großvater, in dessen Gewalt die Kinder sind, keinen Theil daran, also weder die Nutzniesung noch die Verwaltung davon haben solle. Ich hoffe nicht, daß Jemand gegen diese Erklärung mit Grund etwas zu erinnern finden wird. Was folgt nun natürlicher, als daß dergleichen Bedin-

dingung, wenn ſie gleich für die Kinder vortheilhaft iſt, und den Pflichttheil keinesweges gravirt, dennoch dem Pflichttheile ſelbſt nicht beygefügt werden dürfe, folglich der Pflichttheil, welchen die Mutter oder mütterliche Aſcendenten ihren Kindern oder Enkeln zu hinterlaſſen ſchuldig ſind, unabänderlich von den Geſetzen für eine Art des peculii adventitii ordinarii erklärt ſey. Man wird ſich hiervon aus dem beygefügten Grunde des Geſetzes noch mehr überzeugen. In Anſehung des übrigen Vermögens, welches die Mutter den Kindern vermacht, muß ſich der Vater darum die den Niesbrauch ausſchlieſſende Bedingung gefallen laſſen, weil die Mutter dieſes Vermögen auch fremden Perſonen hätte hinterlaſſen können, und dann hätte ja der Vater auch keinen Nutzen davon gehabt. Dieſer Grund wäre ohne Sinn und Bedeutung, wenn nicht die Abſicht des Kaiſers dahin gienge, daß dem Vater der Nießbranch und die Verwaltung des Pflichttheils, welcher den Kindern aus dem Vermögen der Mutter oder anderer mütterlicher Aſcendenten gebührt, durch letzte Willensverordnungen derſelben auf keine Weiſe ſolle genommen werden können. Wozu wäre auch der Unterſchied nöthig geweſen, den der Geſetzgeber zwiſchen dem Pflichttheile, welcher den Kindern nach den Geſetzen gebührt, und dem übrigen Vermögen macht, welches die Mutter oder mütterliche Aſcendenten den Kindern oder Enkeln freywillig hinterlaſſen, wenn dem Vater auch in Anſehung des mütterlichen Pflichttheils der Niesbrauch eben ſo gut, wie in Anſehung des übrigen den Kindern hinterlaſſenen Vermögens durch die letzte Willensverordnung der Mutter nach Willkühr genommen werden könnte. Daß Juſtinian hier allerdings die Abſicht hatte, zu beſtimmen, wie weit der Vater von dem ihm geſetzlich zuſtehenden Nies-

brauch des peculii adventitii seiner Kinder durch letzte Willensverordnungen und Verfügungen derjenigen, von welchen ein solches Vermögen den Kindern zugeflossen ist, ausgeschlossen werden könne, beweißt insonderheit auch noch die zuletzt beygefügte Ampliation, nach welcher es nicht allein den Eltern, sondern auch andern Personen erlaubt seyn soll, Kindern etwas unter der Bedingung zu schenken oder zu vermachen, daß dem Vater der Niesbrauch davon nicht zustehen solle. Bey diesen wichtigen Gründen, welche uns die Novelle 117. darbietet, kann die daraus gezogene Authentike: *Excipitur*. Cod. de bonis, quae liberis hier um so weniger in Betrachtung kommen, je bekannter es ist, daß die Authentiken des Codex anders nicht gelten, als insofern sie mit der Quelle, woraus sie geschöpft sind, übereinstimmen [5]). Es bedurfte also auch der Critik ganz und gar nicht, mittelst welcher Alex. Arnold Pagenstecher [6]) dem

5) S. diesen Commentar 1. Th. §. 53. S. 337.

6) Irnerius Iniuria vapulans s. Commentar. ad Avthenticas Cod. Iustin. rep. praelect. (*Groningae* 1701. 4.) Coit. X. §. 5. pag. 90. seqq. Pagenstecher behauptet nämlich, man müsse nach den Worten *ab aliquo* ein Komma machen, und das Wort *parentum* mit den folgenden Worten *conditione hac adiecta* verbinden, so daß der Sinn der Avthentike folgender sey: **Wenn Jemand, er sey, wer er wolle, den Kindern Güter zuwendet, und in Ansehung der Eltern die Bedingung hinzufügt, daß der Vater daran den Niesbrauch nicht haben solle, so werde ihn auch der Vater nicht erhalten.** Andere behaupten, die Avthentike *Excipitur*, müsse mit der folgenden Avth. *Item hereditas* Cod. eodem verbunden werden, als RICHTER in Exposit. omnium Avthenticar. ad Avth. *Excipitur*. pag. 312.

Noch

dem daraus entlehnten seichten Grunde der Gegner zu begegnen suchte [7]).

3) Der Pflichttheil der Notherben darf auch dadurch nicht beschwert noch geschmälert werden, daß der Testirer den in dem übrigen Vermögen eingesetzten Erben die Errichtung eines Inventariums oder einer eidlichen Specification erlassen [8]); oder daß der Testirer die Güter seines Nachlasses zu einem bestimmten Werthe angesetzt hat. Die Notherben sind nicht schuldig, sich den von dem Testirer gemachten Anschlag seiner Nachlaßgüter gefallen zu lassen, sondern sie können verlangen, daß die Güter nach ihrem wahren Werthe ordnungsmäßig geschätzt werden, und nach dieser Schätzung, keinesweges aber nach dem von dem Testirer gemachten Anschlage ist der Pflichttheil zu berechnen [9]).

Noch andere sagen, die Avth. *Excipitur* müsse doch auf jeden Fall aus ihrer Quelle, der Nov. 117. Kap. 1. erklärt werden, als BERGER in Resolutionib. legum obstant. Lib. XV. Tit. I. Qu. 2. pag. 241. und *Casp. Christ.* KOBER Disp. de peculio adventitio regulari s. ordinario. *Altdorfii 1705.* §. 11.

7) Daß der Niesbrauch des Pflichttheils, den die Mutter den Kindern zu hinterlassen schuldig ist, dem Vater auch nicht einmal in dem Falle, da er für einen Verschwender erklärt worden ist, entzogen werden dürfe, zeigt LEYSER Medit. ad Pand. Vol. II. Specim. XCII. med. 1. Auch nach dem Preuß. Landrechte 2. Th. 2. Tit. §. 155. können Verwandte in aufsteigender Linie, die den Kindern einen Pflichttheil zu verlassen schuldig sind, den Vater von dem Niesbrauche desselben nicht ausschliessen.

8) S. KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 99.

9) S. Gönners auserlesene Rechtsfälle und Ausarbeitungen. 1. Band. (Landshut 1801. 8.) Nr. XIV. §. 10. S. 353.

Endlich

4) kann auch nicht einmal die sogenannte Socinische Cautel dem Pflichttheile nachtheilig werden, wenn der Notherbe sich das Gravamen des Pflichttheils nicht gefallen lassen will, sondern den ihm in Rücksicht desselben vom Testirer zugedachten Vortheil ausschlägt.

Es ist nämlich eine bekannte Cautel, daß wenn man einem Notherben in Rücksicht seines Pflichttheils eine Beschwerde auflegen will, man ihn noch außer dem Pflichttheile mit irgend einem Vortheil bedenken muß, er bestehe nun in einem grösserem Erbtheile, oder in einer erlassenen Anrechnung auf den Pflichttheil, oder daß man ihn sonst mit etwas honorirt, welches er in dem Falle, da er sich dem Pflichttheils-Gravamen unterwerffen werde, bekommen soll; dabey aber ausdrücklich verordnet, daß er in dem entgegengesetzten Falle mehr nicht als den Pflichttheil haben solle.

Diese Cautel wird von dem italiänischen Rechtsgelehrten, **Marianus Socinus** dem jüngern, welcher im sechzehnten Jahrhundert gelebt hat, und 1556. starb, die Socinische genennt[10]). Allein eigentlich gebührt diesem Socinus die Ehre der Erfindung nicht, sondern **Nicolaus Anteneorus**, ein Florentinischer Edelmann, war es, der diese Clausel seinem Testament beygefügt hatte, worin der Pflichttheil seiner Kinder mit einem Fideicommiß beschwert war;

10) S. *Wern. Franc. Conr.* SETELS Diss. de iure circa cautelam Socini. *Gissae 1707.* (Der Verfasser dieser Schrift ist der ehemalige Kanzler Grollmann zu Giessen.) besonders D. Heinrich Wilhelm Koch über die Socinische Cautel. Giessen 1786. 8.

war; und Socinus stellte blos über deren Rechtsgültigkeit ein Gutachten aus [11]). Er selbst beruft sich darin auf den Immola [12]), und Cardinal *de* LUCA [13]) hat diese Cautel schon bey Angelus und Durantes gefunden, zum Beweis, daß sie schon vor dem Socinus üblich gewesen sey.

Die Wirkung dieser Cautel ist, daß es von der freyen Wahl des Notherben abhängt, ob er sich die seinem Pflichttheile aufgelegte Beschwerde gefallen lassen, und den ihm auf solchen Fall zugedachten grössern Vortheil annehmen, oder im entgegengesetzten Falle mit dem bloßen Pflichttheile sich begnügen wolle. Denn zwingen kann der Testator auch durch diese Cautel den Notherben nicht zur Anerkennung des auf den Pflichttheil gelegten Gravamens, und da die Legitima keine Belästigung leidet, so versteht sich's, daß wenn sich der Notherbe gegen den ihm zugedachten Vortheil dem Pflichttheils-Gravamen nicht unterwerffen will, er den Pflichttheil frey und unbeschwert erhalten müsse. Es ist nicht nöthig, daß der Testator jene Wahl dem Notherben ausdrücklich gestatte, denn dies bringt schon die Natur der Sache mit sich, und braucht daher nicht namentlich ausgedruckt zu werden [14]). Hieraus ergiebt sich, daß die Socinische Cautel an sich weder ungerecht noch unbillig sey,

 was

11) *Iust. Frid.* RUNDE Prorgr. de usu longaevo cautelae, quem vocant, Socini, ante ipsum Socinum. *Cassell.* 1776. 4. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observation. pract. ad *Leyserum.* Tom. I. Fasc. II. Obs. 228.

12) Vol. I. Consil. 122.

13) Theatr. instit. et verit. Tom. IV. P. III. Disc. 18. nr. 5. Siehe Koch a. a. O. §. 5.

14) Koch §. 8.

was auch **Christ. Lud. Crell**[15]) und **Leyser**[16]) dawider sagen. Denn bis auf den Pflichttheil, den man seinen Notherben zu hinterlassen schuldig ist, kann man über seine Verlassenschaft nach Gefallen disponiren, und daß der Notherbe sich seines Rechts auf den Pflichttheil begeben, folglich sich auch eine demselben aufgelegte Beschwerde gefallen lassen könne, leidet keinen Zweifel, da nur zu seinem Besten das Grundprincip aufgestellt ist, daß der Pflichttheil ohne Beschwerde hinterlassen werden müsse[17]). Wenn also der Testator dem Notherben seinen Pflichttheil hinterläßt, dabey aber in seine Wahl stellt, ob er darauf gegen einen andern Vortheil Verzicht leisten, oder sich sonst eine seinem Pflichttheil aufgelegte Last gefallen lassen wolle, so kann man nicht sagen, daß der Testator gegen die Gesetze oder gegen die Billigkeit handele[18]). Denn kein Gesetz verbietet dem Notherben, den ihm verlassenen beschwerten Pflichttheil anzunehmen, und freywillig den beschwerten letzten Willen des Erblassers zu agnosciren.

Die Socinische Cautel ist übrigens nicht für überflüßig zu halten, wie Herr von **Cramer**[19]) irrig behauptet; es läßt

15) Diss. de cautela Socini: in Fasc. VI. *Dissertation.* et *Programm. Crellianor.* Nr. 49.

16) Meditat. ad Pandect. Specim. XCIII. medit. 1. et Specim. CCCXCVI. medit. 3.

17) *L.* 35. §. 2. *Cod. h. t.*

18) *Ge. Lud.* BOEHMERI Diss. de liberis fideicommisso oneratis §. 10. not. a. Hymmens Beyträge zu der jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten. 4. Samml. Nr. VII. S. 72. und besonders Koch a. a. O. §. 9.

19) Progr. de cautela Socini abundante, in *Opuscul.* Tom. II. Nr. 23.

läßt ſich auch mit Ayrer [20]) nicht annehmen, daß ſie bey einer den Pflichttheil beſchwerenden Diſpoſition ſtillſchweigend verſtanden werde; ſondern ſie muß beygefügt werden, wenn ſie von Wirkung ſeyn ſoll. Denn, ohne zu erwähnen, daß die Sociniſche Cautel ſchon, als etwas auſſerordentliches, nicht vermuthet werden darf, ſo verdient hier beſonders erwogen zu werden, daß wenn dieſe Cautel beygefügt iſt, der Notherbe auf den Fall, wenn er ſich dem Pflichttheils-Gravamen nicht unterwirft, gar nichts weiter, als den Pflichttheil bekommt, und die übrige Verlaſſenſchaft ſogleich an einen andern, als directen Erben, fällt; dahingegen, wenn jene Cautel fehlt, der Notherbe, welchem ein, ſich auch auf den Pflichttheil erſtreckendes Fideicommiß oder ſonſtige Beſchwerde aufgelegt worden iſt, die Erbſchaft auch ſogar ohne alle Proteſtation antreten kann, und derſelbe gleichwohl das Gravamen, ſo weit es den Pflichttheil mit betrifft, anzuerkennen nicht ſchuldig iſt. Er braucht auch, im Fall er mit einem Univerſal-Fideicommiß beſchwert iſt, die übrige Verlaſſenſchaft, auſſer ſeinem Pflichttheile, nicht eher zu reſtituiren, als wenn der Fall des Fideicommiſſes eintritt [21]).

Soweit kann indeſſen der Gebrauch der Sociniſchen Cautel nie ausgedehnt werden, daß vermöge derſelben dem Teſtator eine ſolche Verfügung erlaubt wäre, bey welcher der eigentliche Betrag des Pflichttheils nie mit Zuverläßigkeit zu beſtimmen ſeyn würde. Dies iſt der Fall, wenn der

20) Diſſ. de iure parentum legitimam liberorum bona mente gravandi §. 23.

21) Koch a. a. O. §. 10.

Testator den Notherben in einer gewissen Summe zum Erben einsetzt, und demselben unter angehängter Socinischen Cautel untersagt, von dem Miterben die Anfertigung eines Inventariums oder einer eidlichen Specification des Nachlasses zu verlangen. Hier ist die Cautel für gesetzwidrig, und das Verbot des Testirers dergestalt für unwirksam zu achten, daß dessen ungeachtet die Erbeinsetzung des Notherben nicht auf den Pflichttheil einzuschränken ist, wenn derselbe auch auf die Inventur oder eine eidliche Specification dringt, und sich daraus ergeben sollte, daß demselben wirklich mehr, als sein Pflichttheil beträgt, hinterlassen worden sey [22]). Dahingegen dürfte wohl, sofern die Socinische Cautel auf rechtsbeständige Art einer letzten Willensverordnung beygefügt worden ist, die vom Crell [23]) dagegen angegebene Cautel,

22) Sehr gründlich handeln hiervon *Christ. Wilhelm* KÜSTNER in Progr. quo, remissionem iuratae specificationis cum cautela Socini coniunctam cautionem inutilem esse, commonstratur. *Lipsiae* 1765. und *Io. Ad. Th.* KIND in Quaestionib. forens. Tom. I. cap. 99. pag. 378. sqq. Ihnen stimmt auch HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 15. not. r. p. 397. bey; und so entschied auch die Preuß. Gesetzcommission bey Klein in den Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. 1. B. S. 217.

23) Diss. de cautela Socini §. 10. *Tutissimum consilium* videtur, sagt Crell, ut qui cum *formula Socini* oneratus est, non tam directe impugnet parentis iudicium, quam *imploratione officii iudicis* utatur, et causas iniquitatis et iniuriae ex parentis iudicio acceptae modestius exponat, atque utrum a iudicio parentis recedendum sit, *iudicis arbitrio permittat.* Ita enim facilius, ut iniquitas illa corrigatur, impetrabit, et *poenam a testatore constitutam evitabit,* cui propter strictam interpretationem nunquam

tel, nämlich das Teſtament durch eine übergebene implorationem officii iudicis dem richterlichen Ermeſſen anheim zu ſtellen, um zu beſtimmen, ob die Vorſchrift des Erblaſſers hart und unbillig ſey, und ob daher der Notherbe davon abgehen könne, oder ſich dem Willen des Erblaſſers ſchlechterdings zu unterwerffen habe, von keiner rechtlichen Wirkung ſeyn, wenn gleich auch Herr von Quiſtorp [24]) ſie empfiehlt. Denn das richterliche Ermeſſen über die letzte Willensverordnung kann ſich weiter nicht erſtrecken, als es die Aufrechthaltung des geſetzlichen Pflichttheils leidet, dieſer iſt ja aber ohnedem durch die Sociniſche Cautel in ſo weit verſichert, daß, wenn der Notherbe ſich damit begnügen will, er ſolches ohne gerichtliche Imploration vermöge der unter gedachter Cautel ihm nachgelaſſenen Freiheit zu ſuchen befugt iſt [25]). Was ihm hingegen über den Pflichttheil zugedacht worden iſt, kann ihm auch ſelbſt der Richter von Amtswegen nicht zuerkennen, wenn er ſich die damit verbundene Beſchwerde nicht gefallen laſſen will. Es verſteht ſich endlich auch von ſelbſt, und bringt ſchon die Natur der Sociniſchen Cautel mit ſich, daß wenn der Notherbe ſich der fideicommiſſariſchen Diſpoſition des Erblaſſers, mit welcher er unter angehängter Sociniſchen Cautel beſchwert worden iſt, nicht unterwerffen will, derſelbe, auſſer dem freien Pflichttheil,

quam locum damus, niſi incontinentius et liberius impugnetur iudicium parentis.

24) Rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. 1. Th. Bemerk. 86.

25) S. Georg Lud. Böhmers auserleſene Rechtsfälle. 3. Bandes 1. Abth. Reſp. 204. nr. 9.

theil, keine Trebellianische Quarte weiter verlangen könne[26].

So wenig nun der Pflichttheil durch die letzte Willensverordnung des Erblassers belästiget werden darf, eben so wenig darf auch

B. die Auszahlung desselben von dem eingesetzten Erben erschwert, und dem Notherben vorenthalten werden. Die Gesetze verordnen daher, daß der Pflichttheil, gleich einer Schuld, sofort nach dem Tode des Testirers von dem Erben ausgezahlt werden solle. Thut er dieses nicht gutwillig, sondern läßt sich deshalb erst verklagen, und verurtheilen, so soll der Erbe wegen dieses ungebührlichen Verzugs noch den dritten Theil mehr, als dem Notherben zum Pflichttheil hinterlassen worden ist, zur Strafe dazu geben[27]; und daß auch diese Strafe noch heut zu Tage erkannt werde, bezeugt Berger[28].

§. 547.

26) SETELS (*Grollmann*) cit. Diss. de iure circa cautelam Socini § 30. *Fratr.* BECKMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Consil. 46. nr. 6. et 7. pag. 24. und Koch über die S. C. §. 11.

27) *L.* 33. *pr. Cod. h. t.* — verb. ut, si haec fuerint subsecuta, non tantum in id, quod testator voluit eum restituere, condemnetur, *sed etiam aliam tertiam partem quantitatis, quae fuerat in testamento derelicta, modis omnibus reddere cogatur:* ut avaritia eius legitimis ictibus feriatur. S. Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 402. S. 297.

28) Oeconom. iuris. Lib. II. Tit. IV. Th. 16. not. 8. pag. 402. edit. *Haubold.*

§. 547.

Verfügungen des Erblassers zum Nachtheil des Pflichttheils gelten nicht. Was kommt bey der Berechnung des Pflichttheils in Anschlag? etwa auch die statutarische Portion?

Da der Pflichttheil den Notherben vermöge der Verordnung der Gesetze gebührt, und dem Testirer keine willkührliche Disposition darüber zusteht; so darf auch derselbe durch keine Handlung, sie geschehe unter den Lebendigen oder von Todes wegen, verkürzt werden. Daher sind alle Verfügungen des Testirers, so weit der Pflichttheil der Notherben dadurch geschmälert wird, für rechtsbeständig nicht zu halten, sondern können als pflichtwidrig angefochten werden [29]). Dahin gehören Veräußerungen unter den Lebendigen, Schenkungen [30]), Ausstattungen der Töchter [31]), Theilungen der Kinder [32]), Legate und Prälegate [33]). Diese sind in so weit, als sie den Pflichttheil verletzen, ungültig [34]), obgleich das Testament selbst dadurch in seinen übrigen Verordnungen nicht ungültig gemacht wird [35]).

Um

29) **Westphals** Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 415. folgg.

30) Vid. Tit. Cod. *de inofficios. donat.* (III. 29.)

31) *L. un. C. de inoff. dotib.*

32) *L. 6. C. de inoff. donat. L. 10. L. 21. C. famil. ereisc.* WESTENBERG Diss. IV. de portione legit. cap. 3.

33) *L. 32. C. h. t.* **Gönners** auserlesene Rechtsfälle und Ausarbeitungen. 1. B. Nr. XIV. §. 7. u. 8. S. 350. folg.

34) *L. 5. 6. 7. et 8. C. de inoff. donat.*

35) **Gönner** a. a. O. §. 9. S. 352.

Um nun aber richtig zu beurtheilen, ob eine wirkliche Verletzung im Pflichttheile vorhanden sey, so muß man bey der Berechnung desselben

1) vor allen Dingen darauf Rücksicht nehmen, wie viel die Verlassenschaft zur Zeit des Todes des Erblassers, nach Abzug der Schulden und Beerdigungskosten, beträgt[36]). Dieser Nachlaßbetrag ist jederzeit bey der Ausrechnung des Pflichttheils zum Grunde zu legen, und da durch ausgesetzte Vermächtnisse der Pflichttheil eben so wenig, als durch eine andere Verordnung des Erblassers, geschmälert werden darf, so ist derselbe vor Abzug der Legate auszurechnen, als welche der in dem übrigen Theile der Verlassenschaft eingesetzte Miterbe allein zu prästiren verbunden ist[37]). Hiernächst kommt es

2) darauf an, was der Notherbe bereits von dem Erblasser bey dessen Leben erhalten, das muß er sich, insofern es nämlich nach der Vorschrift des gemeinen Rechts conferirt werden muß, auf seinen Pflichttheil anrechnen lassen. Daher muß die verheyrathete Tochter das erhaltene Heyrathsgut, so wie der verheyrathete Sohn die für ihn vom Vater oder der Mutter bestellte donationem propter nuptias zum Pflichttheil conferiren[38]). Ferner was der ver-

stor-

36) *L. 6. C. de inoff. testam. L. 8. §. 9. D. eodem. L. 39. D. de Verb. Significat.*

37) SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XIV. §. 61. Georg Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 1. Abth. Resp. X. Qu. 1. nr. 8—13. S. 62. folg. und Gönner a. a. O. §. 10. S. 353.

38) Nach dem ältern Rechte wurde der Tochter das Heyrathsgut auf den Pflichttheil nicht angerechnet, wie man aus der Verord-

storbene Vater für den Sohn zur Anschaffung einer käufligen Bedienung verwendet hat, davon der Sohn Einkünfte hat, und nach dessen Tode desselben Erben eine gewisse Wiederbezahlung von dem Nachfolger zu erwarten haben; dergleichen käufliche Chargen militiae genennt werden [39]). Was hingegen der verstorbene Ascendent dem im Pflichttheile eingesetzten Descendenten durch eine Schenkung unter den Lebendigen zugewendet hat, wird nur dann dem Pflichttheile angerechnet, wenn der Testirer solches entweder ausdrücklich gewollt hat, oder die übrigen Kinder ein Heyrathsgut oder eine donationem propter nuptias von dem verstorbenen Ascendenten erhalten haben, welches sie conferiren müssen [40]).

Allein

ordnung des Kaisers Alexander *L. 1. Cod. Gregor. de inoff. testam.* (bey SCHULTING in *jurispr. Antejustin.* p. 690.) steht. In der *L. 2. Cod. Greg. eodem. tit.* wird der Grund angegeben, Ea, quae ante a patre filiae in dotem data sunt, non placet computari, *quia etiam in bonis mariti sunt, et a patrimonio patris, vivente eo, separata fuerunt.* S. Westphal von Testamenten §. 391. b. S. 285 folg. Allein durch eine Verordnung des Kaisers Zeno *L. 29. Cod. h. t.* ist jenes Gesetz aufgehoben worden, wo es heißt: Non tantum eandem dotem vel donationem conferri, *verum etiam in quartam partem, ad excludendam inofficiosi querelam, tam dotem datam, quam ante nuptias donationem, praefato modo volumus imputari, si ex substantia eius profecta sit, de cuius hereditate agitur.*

39) *L. 30. §. 2. Cod. h. t.* Westphal §. 393. b.

40) *L. 25. pr. D. h. t. L. penult. §. 1. Cod. de Collation.* Hierauf zielt ohne Zweifel Justinian §. 6. *I. de inoff. testam.* wie Westphal in der Lehre des Röm. Rechts von Testamenten §. 394. b. 395. b. und 396. b. ausführlich gegen Vinnius gezeigt hat. Die Meinung des letztern, daß eine bloße Schenkung unter den Lebendigen nicht auf den Pflichttheil angerechnet

Allein auf den Pflichttheil wird dem Notherben auch das angerechnet, was sonst nicht conferirt wird. Dahin gehören Vermächtnisse, Fideicommisse, und Schenkungen von Todes wegen [41]). Außer diesen Fällen, wo die Gesetze namentlich gesagt haben, daß etwas in den Pflichttheil gerechnet werden soll, darf darein nichts gerechnet werden, wenn es auch gleich bey der Beerbung ab intestato zur Collation gehörte. Denn nach der ausdrücklichen Verordnung des Kaisers Justinian [42]) soll von dieser Collation auf die computationem in legitimam portionem schlechterdings kein Schluß gelten. Es soll vielmehr ein fester Grundsatz seyn: *Ea tantummodo ex his, quae conferuntur, portioni legitimae computabuntur, pro quibus specialiter legibus, ut hoc fieret, expressum est.*

3) Ist die Verletzung im Pflichttheile durch Schenkungen unter den Lebendigen geschehen; so müssen die gemachten Schenkungen wieder zu dem Vermögen des Erblassers hinzugerechnet, und darnach der Pflichttheil berechnet und ergänzt werden. Es ist also hier zugleich auf den Zustand des Vermögens zu sehen, wie es zur Zeit der Schenkung beschaffen gewesen [43]). Mit dem Begriff des Pflicht-

net werde, sucht jedoch auch *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. 31. § 9. et 22. zu vertheidigen.

41) §. *6. I. h. t. L.* 36. *pr. C. h. t. L.* 8. §. *6. D. eodem. L.* 3. §. 17. *D. de bonis libertor.* WESTENBERG Diss. III. de portione legitima cap. 6. §. 6.

42) *L.* 20. *pr. C. de Collation.* Man sehe *van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. 31. §. 8. und Westphal a. a. O. §. 397. b. Anderer Meinung ist HOFACKER Tom. II. §. 1712.

43) *Nov. XCII. cap. 1.* HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 997. in fin. und Ge. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 1. Band. Resp. X. Q. 4. nr. 50. et 51. S. 69. folg.

Pflichttheils, der ein Theil der Intestaterbportion ist, stimmt dieß freylich nicht überein, da sich die Erbschaft eines noch Lebenden nicht denken läßt, sondern das, was er nach seinem Tode am Vermögen hinterlassen, blos dasjenige Ganze ist, woraus der Pflichttheil berechnet werden muß. Soll nun aber, zur Beurtheilung der aus einer Schenkung unter den Lebendigen herrührenden Verkürzung des Notherben im Pflichttheile nicht blos auf den Zustand des Vermögens, wie es zur Zeit des Todes des Erblassers gewesen, sondern auch zugleich auf die Zeit der Schenkung gesehen werden, so wird ja der Pflichttheil aus dem Vermögen eines noch Lebenden computirt, daher man denn freylich dem gelehrten **Hommel** [44]) eben nicht Unrecht geben kann, wenn er sagt: *Inofficiosam donationem partum esse deformitate insignem, quia patrimonium, quod est augmenti et decrementi capax, adeoque valde instabile, stabile supponit, atque insuper legitimam viventis computat, adeoque hereditatem spirantis adhuc hominis statuit, quo vix aliud insipidius.* Dem sey nun indessen, wie ihm wolle, so ist das Gesetz klar, welches bey einer donatione inofficiosa nicht blos auf die Zeit des Todes, sondern auch a u f d i e Z e i t d e r S c h e n k u n g zu sehen befiehlt, und die verschenkten Güter zu denen, welche der Donator hinterlassen hat, gerechnet wissen will, um darnach zu bestimmen, wie viel von der Schenkung zum Pflichttheil zu ergänzen sey. Die hierher gehörigen Worte der N o v. 92. K a p. 1. lauten nach **Hombergk** folgendermaßen: Volumus, ut si quis immensam donationem in aliquem vel aliquos ex liberis contulerit, necesse

44) Rhabsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 602.

necesse habeat in distributione heriditatis *tantam unicuique ex liberis servare partem legitimam*, *quanta erat*, *antequam pater donationem in filium*, *vel filios*, *illa honoratos*, *conferret*. Sic enim donationes illas non amplius accusabunt, cum *ex tota substantia patris* legitimam habeant, atque *ea pars* in tantum *aucta* sit, *quantum substantia patris continuit, antequam donationibus exhauriretur*. Neque liberi donationibus honorati dicant, se contentos esse immensis illis donationibus, et velle a paterna hereditate abstinere: sed non cogantur quidem, si donationibus contenti sint, hereditatem adire, *omni vero modo necesse sit illis*, *fratribus inaequalitatem illam*, *ad eam mensuram*, *quam diximus*, *exaequare*, *ne illi propter immensam donationem minus habeant*, *quam legibus ipsis debetur*: cum patri circa omnem sobolem moderate affectum esse, illisque, qui magis ab ipso diliguntur, plus largiri, non vero reliquos liberos, per immensam donationem in illos factam, laedere, nostrumque scopum transgredi liceat [45]. Wenn also z. B. ein Vater von 5 Kindern vor seinem Tode von seinem Vermögen 5000 Rthlr. verschenkt hat, so kommt es darauf an, wie groß damals sein Vermögen war. Bestand es aus 8000 Rthlrn. und er hinterläßt nach seinem Tode mehr nicht als 3000 Rthlr., so sind die Kinder, deren Pflichttheil hier die Hälfte des väterlichen Vermögens beträgt, daran um 1000 Rthlr. verkürzt, diese können sie also vom Donatar zurück fordern. Hätte hingegen der Vater nach der Schenkung wieder soviel Vermögen erworben, daß er seinen 5 Kindern wenigstens 4000 Rthlr. hinter-

45) S. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 146.

hinterläßt, so haben die Kinder gegen den Donatär keine Klage [46]). Man setze ferner, ein Vater von zwey Kindern habe dem einen bey seinem Leben ein Grundstück geschenkt, das wenigstens 3000 Rthlr. werth ist. Man nehme ferner an, sein ganzes Vermögen habe damahlen nach Abzug der Schulden in 15000 Rthlrn. bestanden. Der Vater hat das andere Kind blos im Pflichttheile eingesetzt. Er verläßt nach seinem Tode noch 12000 Rthlr. Wäre blos nach diesem Nachlaßbetrage der Pflichttheil des Kindes zu berechnen, so bekäme es nur 2000 Rthlr., denn soviel beträgt die Hälfte von dem Drittel. Allein es muß die verschenkte Summe zu dem Vermögen, welches der Vater nach seinem Tode hinterlassen hat, gerechnet, und also der Pflichttheil von 15000 Rthlr. berechnet werden. Er wird also 2500 Rthlr. betragen [47]). Endlich

4) kann überhaupt der Pflichttheil, als eine portio portionis ab intestato debitae, nur aus derjenigen Verlassenschaft berechnet werden, die dem Notherben ab intestato angefallen wäre. Diejenigen Güter können daher nicht in Anschlag gebracht werden, von denen die Notherben selbst in dem Falle, wenn der Erblasser ohne ein Testament gestorben wäre, nichts erhalten haben würden. Hiernach ist die praktisch wichtige Frage zu entscheiden, wie der Pflichttheil zu berechnen sey, wenn der überlebende Ehegatte des Erblassers mit den Notherben entweder nach gemeinen Rechten

46) HOMMEL c. l. Vol. V. pag. 16.

47) *Luc.* VAN DE POLL de exheredat. et praeteritione cap. XXXI. §. 26. pag. 175. STRUV. Syntag. iur. civ. Exercit. XL. Th. 14. und besonders *Chr.* RAU in Disput. de querela inofficiosae donationis. *Lipsiae* 1775. §. IX. pag. 29.

succedirt, oder eine statutarische Portion zugleich mit ihnen erbt? Ist hier der Pflichttheil aus der ganzen Verlassenschaft, oder erst nach Abzug des dem überlebenden gebührenden Erbantheils zu berechnen? Es bedarf gar keines Beweises, daß es in der Berechnung einen nicht unbedeutenden Unterschied macht, je nachdem der Pflichttheil aus der ganzen Verlassenschaft mit Inbegriff des dem überlebenden Ehegatten zustehenden Erbtheils, oder nach vorherigem Abzuge desselben aus dem übrigen Vermögen des Erblassers berechnet wird. Die Rechtsgelehrten theilen sich nun bey Entscheidung der aufgeworfenen Frage in zwey Partheyen. Einige [48]) behaupten, daß durch die statutarische Portion, da selbige einen Theil der Verlassenschaft ausmacht, dem Pflichttheile, welcher aus der ganzen Verlassenschaft zu berechnen sey, kein Eintrag geschehen könne.

48) CARPZOV Lib. VI. Resp. 48. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. Part. I. Obs. 190. P. III. Obs. 47. LEYSER Medit. ad Pand. Specim. XCI. medit 5. *Io.* SCHILTER Diss. de legitimae cum quarta vel simili portione, superstiti coniugi debita, concurrentis computatione. *Altdorfi 1697.* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 16. not. 6. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 32. EMMINGHAUS ad *Eundem* c. l. not. a. WALCH introduct. in controv. iuris civ. Sect. II. cap. 4. membr. 2. §. 4. Ebendesselben Diss. de portione statutaria in legitimam computanda. *Ienae 1776.* Georg Ludw. Böhmer auserlesene Rechtsfälle 1. Band. Resp. X. Qu. 8. S. 76. folg. Pütter auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 1. Th. Resp. CCLX. Qu. 4. nr. 38. sqq. S. 237. ff. und eines Ungenannten Abhandlung über die Frage: ob dem Pflichttheile der Vorzug vor der statutarischen Portion gebühre? Frankfurt und Leipzig 1788. 8.

ne. Andere [49]) hingegen sagen, der Pflichttheil sey nur aus demjenigen Vermögen zu berechnen, das nach Abzug der statutarischen Portion des Ehegatten übrig bleibt. Unser Autor stimmt der ersten Meinung bey. Ich halte aber die letztere Meinung für richtiger und der Natur der Sache gemäßer. Denn ist der Pflichttheil ein Theil der Intestaterbportion, wie nach den oben angeführten Gründen gar nicht mehr geläugnet werden kann, so folgt, daß er nur aus derjenigen Verlassenschaft, die dem Notherben ab intestato angefallen wäre, mithin nur aus demjenigen Vermögen berechnet werden könne, das nach vorherigem Abzuge der statutarischen Portion des Ehegatten übrig bleibt. Wollte man denselben aus der ganzen Verlassenschaft, mit Inbegriff der statutarischen Portion, berechnen, so würde daraus die Inconsequenz entstehen, daß die Notherben, welche nach dem Testamente nur ihren Pflichttheil erhalten sollen, auch von demjenigen Theile der Verlassenschaft etwas erhalten würden, von dem sie selbst in dem Falle, wenn der Erblasser ohne ein Testament gestorben wäre, nichts erhalten haben würden. Was nöthiget uns nun aber oder berechtiget uns, eine solche Ungereimtheit anzunehmen? Diese Gründe, so wie ich sie in meiner Dissertation

49) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 46. *Io. Christ.* SCHROETER Diss. de praerogativa portionis statutariae prae legitima, eiusque computatione ex bonis feudalibus noviter acquisitis. *Ienae 1725.* GMELIN in *Hofackeri* Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1716. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. pag. 402. not. m. und Griesinger im Commentar über das Wirtembergische Landrecht 6. Band. S. 390. not. v.

tation [50]) noch weiter ausgeführt habe, sind unumstößlich; die Gründe der entgegengesetzten Meinung hingegen, so wie sie bey Cocceji und Walch zusammengestellt sind, sind so schwach und unbedeutend, daß es mehr scheint, die Anhänger derselben seyen durch den gewaltigen Strohm der Praxis mit fortgerissen worden, als daß sie diese Meinung aus Ueberzeugung vertheidiget hätten. Man denke nur den Schluß, den man von Schenkungen und Vermächtnissen auf die statutarische Portion macht; gleichsam als ob die letztere eben so, wie Vermächtnisse und Schenkungen, blos von der Disposition des Erblassers abhange. Und was soll denn hier der Grundsatz, daß Statuten streng und soviel möglich dem gemeinen Rechte gemäß zu erklären sind, bey unserer Frage entscheiden, da die gemeinen Rechte so oft und nachdrücklich einschärfen, daß der Pflichttheil ein Theil der Intestatportion seyn [51])? Von der mißverstandenen Novelle 18. Kap. 1. will ich gar kein Wort mehr verlieren, da ich schon oben (S. 39.) ausführlicher davon geredet habe.

Eine andere Frage ist, ob der hinterbliebene Ehegatte, welcher entweder nach gemeinen, oder statutarischen Rechten miterbt, auch mitzuzählen sey, um zu bestimmen, ob der Notherbe die Hälfte, oder ein Drittel seiner Intestatportion verlangen könne? Cocceji [52]) läugnet, daß der Ehegatte bey Bestimmung des Pflichttheils mitzuzählen sey; ich

50) De constituenda legitimae portionis parentum quantitate. Sect. II. §. 23. Fascic. III. *Opusculor.* pag. 159. seqq.

51) Man sehe auch noch Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 913.

52) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 30. auch MALBLANC in Digest. P. II. Sect. II. §. 701.

ich hingegen habe in meiner Dissertation [53]) mit Gerstlacher [54]) die bejahende Meinung vertheidiget, und was Herr Griesinger [55]) dagegen erinnert, hat mich so wenig des beschuldigten Irrthums überführt, als andere berühmte Rechtsgelehrten [56]) abgeschreckt, meiner Meinung beyzustimmen. Ist der Pflichttheil ein Theil der Intestatportion, so müssen nothwendig bey der Bestimmung desselben alle diejenigen mitgezählt werden, welche neben den Notherben und mit ihnen zugleich zur Intestaterbfolge berufen sind, und es ist ganz falsch, wenn Herr Griesinger [57]) diesen Satz nur auf solche Intestaterben einschränken will, die an dem den Notherben nach dem Römischen Rechte zu ihrem Pflichttheile ausgesetzten Drittel oder der Hälfte der Verlassenschaft miterben, und also dieses Drittel oder diese Hälfte durch ihren Beytritt und reelle Theilnahme an demselben schmälern. Das Gegentheil

 lehrt

53) Cit. loc. pag. 170. seqq.

54) Beweis einer neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils der Eltern, Kinder und Geschwister, wenn der überlebende Ehegatte miterbt. Stuttgard 1772. 4. Die übrigen Streitschriften, welche durch diese Abhandlung veranlaßt worden sind, findet man in meiner Diss. c. I. not. 43. pag. 164. angeführt.

55) Commentar über das Wirtembergische Landrecht. 6. Band. S. 392. u. 396.

56) HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. pag. 402. not. m. und Thibaut System des Pandectenrechts, 2. Th. §. 913. S. 133.

57) a. a. O. S. 396.

lehrt offenbar Ulpian [58]), wenn er sagt: exheredatum *partem facere*, qui non queritur: das heißt, der enterbte Sohn sey bey der Berechnung des Pflichttheils der übrigen darauf eingesetzten Kinder mitzuzählen, eben so, als ob er mit Antheil nehme, wenn er gleich keinen Theil erhält. Nun ist der überlebende Ehegatte, sofern er mit den Verwandten des Erblassers nach gemeinen oder nach statutarischen Rechten succedirt, ohne Zweifel als Miterbe anzusehen [59]), ja von mehreren Rechtsgelehrten [60]) wird der hinterbliebene Ehegatte in Rücksicht des ihm gebührenden Erbtheils sogar für einen Notherben gehalten; er muß also auch eben so gut, wie das enterbte Kind, wenn andere Notherben da sind, mitgezählt werden, um zu bestimmen, ob der Notherbe die Hälfte, oder ein Drittel seiner Intestatportion verlangen könne, wie auch Herr Prof. Thibaut [61]) ganz richtig behauptet. Herr Hofrath Gmelin [62]) will den Mittelweg einschlagen. Observandum est, so schreibt er in dem Hofackerischen Pandectensystem, quod, quamvis coniux

58) *L. 8. §. 8. D. h. t.* S. Westphal §. 395. a. S. 281.

59) S. meine systemat. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 143. HOMMEL Rhapsod. quaest. For. Vol. III. Obs. 410. und *Aug. Frid. Sig.* GREEN Progr. an vidua, quae statutariam portionem capit, pro herede mariti habenda sit? *Lipsiae 1776.*

60) Hugo Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts §. 105. Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 912. und selbst Griesinger im Commentar über das Wirtembergische Landrecht 6 Band. §. 97. S. 416.

61) System des Pandectenrechts 2. Th. §. 913. S. 133.

62) Princip. iur. civ. T. II. §. 1716. pag. 900.

coniux superstes quoad eam partem, quae *portionis statutariae* nomine venit, cum liberis concurrat, *iisque partem faciat*, is tamen a reliqua hereditatis parte, quae ad liberos parentibus ab intestato succedentibus pervenit, prorsus exclusus sit, *ac in ea ne* [63]) *numerum quidem eo effectu facere possit, ut propterea quatuor liberis, coniuge adiecto, nunc semis portionis ab intestato debitae tribuenda sit.* Nach dieser Meinung soll also der überlebende Ehegatte zwar mitzuzählen seyn, um zu bestimmen, wie viel der Intestaterbtheil der Kinder betrage, allein dessen Daseyn soll nichts zur Vermehrung des Pflichttheils der Kinder beytragen, so daß wenn auch mit dem Ehegatten vier Kinder concurriren sollten, der Pflichttheil derselben doch darum die Hälfte ihres Antheils an der Intestaterbschaft nicht betrage. Allein der Grund, daß der überlebende Ehegatte mit den Kindern in der gesetzlichen Erbfolge in keine Concurrenz

63) In der ersten Ausgabe der Hofackerischen Princip. iuris civ. Tom. II. pag. 900. heißt es: ac in ea *re*. Durch diesen Druckfehler sind verschiedene Rechtsgelehrten verleitet worden, zu glauben, Herr Hofr. Gmelin stimme auch für die Meinung, daß der überlebende Ehegatte zur Vermehrung des Pflichttheils den Kindern zu statten kommen könne, so daß wenn deren 4 wären, und der überlebende Ehegatte mit gerechnet würde, nun der Pflichtheil derselben die Hälfte ihres Intestaterbtheils betrage. Man sehe Griesinger, Haubold und Thibaut a. a. O. Allein in dem Critischen Archiv der neuesten juridischen Litteratur und Rechtspflege, herausgegeben von Danz, Gmelin und Tafinger, 3. Bandes 3. Heft S. 476. ist klar bewiesen, daß jene Worte: ac in ea *re* einen Druckfehler enthalten, und statt *re* vielmehr *ne* gelesen werden müsse, wie auch schon das sogleich nachfolgende *quidem* zu erkennen giebt.

currenz komme, da er die statutarische Portion als eine Schuld des Erblassers hinwegnehme, scheint mir auf einer solchen Voraussetzung zu beruhen, als ob der überlebende Ehegatte in Rücksicht der ihm gebührenden Portion nicht als Miterbe zu betrachten sey, wovon ich mit Herrn Justizrath **Emminghaus**[64]) das Gegentheil erwiesen habe[65]). Hiernächst habe ich mich schon oben[66]) über das Seltsame der Behauptung, daß Jemand bey der Bestimmung des Pflichttheils zwar als partem faciens, aber nicht als numerum faciens mit gezählt werden könne, ausführlicher erklärt. Ich sehe daher noch zur Zeit keinen hinreichenden Grund, von der in meiner Dissertation vertheidigten Meinung abzugehen.

Noch ist die Frage übrig, ob bey der Bestimmung des Pflichttheils die nach dem sächsischen Rechte den Töchtern aus der mütterlichen Erbschaft gebührende Gerade, desgleichen ob das den Söhnen aus der väterlichen Erbschaft zum Voraus gebührende Heergeräthe mit in Anschlag zu bringen sey? Auch diese Frage ist nicht minder streitig. **Barth**[67]) und **Böhmer**[68]) bejahen dieselbe aus dem Grunde, weil sowohl die Gerade als die zum Heergeräthe gehörigen Stücke einen Theil des von dem Verstorbenen nach-

64) Rechtliche Erörterung der Frage: in wiefern die noch nicht anerkannte statutarische Portion auf die Erben übergehe? Weimar 1784. §. 10. 11. u. 12.

65) S. meine Diss. §. 23. not. 50.

66) §. 544. S. 58. folg.

67) Dissensuum in praxi, praeprim. iure Saxon. occurrent. Centur. IX. Diss. 804.

68) Auserlesene Rechtsfälle 1. Band. Respons. 10. Quaest. 2. et 3. S. 64. folgg.

nachgelassenen Vermögens ausmachen, bey Bestimmung des Pflichttheils aber der ganze Nachlaß des Verstorbenen, so wie er nach Abzug der Schulden bey dessen Tode gewesen, in Anschlag gebracht werden müsse. Carpzov[69]) hingegen und Joh. Gottfr. Hartung[70]) behaupten, daß die Gerade, so wie das Heergeräthe, zuvor von der Erbschaftsmasse abzuziehen, und dann, nach Abzug derselben, der Pflichttheil zu bestimmen sey. Diese letztere Meinung verdient allerdings darum den Vorzug, weil sonst die Brüder an der Gerade der Schwestern, und diese an dem Heergeräthe der Brüder Antheil nehmen würden, welche doch die Gesetze ausdrücklich davon ausschließen. Darin stimmen aber alle Rechtslehrer[71]) miteinander überein, daß die Gerade den Töchtern, so wie das Heergeräthe den Söhnen auf den Pflichttheil anzurechnen sey; was jedoch durch diese Imputation an der Erbmasse gewonnen und erhalten wird, kommt nicht den Pflichttheilsberechtigten, sondern demjenigen zu statten, der das übrige Vermögen außer dem Pflichttheil erhält[72]).

§. 548.

69) Iurispr. for. P. III. Constit. XI. Definit. 3.

70) Diss. iuris. Sax. de imputatione geradae in legitimam. *Vitembergae* 1713. Cap. VI. §. 5. et 6.

71) CARPZOV c. l. Definit. 4. et 9. WERNHER Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 440. et P. X. Obs. 310. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 16. not. 5. Tom. I. pag. 400. edit. *Haubold*. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XCI. medit. 7. KIND Quaest. for. Tom. I. cap. 21.

72) CARPZOV cit loc. Definit. 4. HARTUNG cit. Diss. Cap. VI. §. 7.

§. 548.

Wieweit trägt der Notherbe zur Bezahlung der Schulden des Erblaßers bey? Kann er den Pflichttheil bey Lebzeiten des Erblassers fordern? Unter welchem Titel und aus welchen Gütern ist der Pflichttheil zu hinterlassen?

Es ist bereits bemerkt worden, daß bey der Berechnung des Pflichttheils, um das richtige Quantum desselben zu bestimmen, zuvörderst die Schulden abgerechnet werden müssen, welche auf dem Vermögen des Verstorbenen haften, nach der Regel: bona non intelliguntur, nisi quae deducto aere alieno supersunt [73]). Zu diesen Schulden werden auch die Beerdigungskosten mitgerechnet. Quarta autem, sagt Ulpian [74]), accipietur scilicet deducto aere alieno et funeris impensa. Es fragt sich nun also, wie weit der Notherbe zur Bezahlung der Schulden des Erblassers mit beytragen müsse? Hier ist Folgendes zu bemerken.

1) Wenn dem Notherben sein Pflichttheil in einer bestimmten Sache angewiesen worden, mit der er sich begnügen soll, so braucht er zur Bezahlung der Schulden nichts beyzutragen, wenn er gleich in der Sache, die ihm zum Pflichttheil angewiesen ist, wäre zum Erben eingesetzt worden. Denn diejenigen, welche unter mehreren Miterben nur auf eine gewisse Sache eingesetzt sind, werden in Ansehung der übrigen als bloße Legatarien angesehen, und bezahlen daher auch keine Schulden [75]). Diese Verordnung ist

73) *L. 39. §. 1. D. de Verb. Signif.*

74) *L. 8. §. 9. D. h. t.*

75) *L. 13. Cod. de heredib. instituend.* Quoties certi quidem *ex certa re scripti sunt heredes*, vel *certis rebus* pro sua institutione con-

ist allgemein, und findet also auch bey Notherben ihre Anwendung [76]). Denn auch diesen kann der Pflichttheil in gewissen Sachen angewiesen werden, wenn man sie darin zu Erben einsetzt [77]).

2) Sind hingegen die Notherben überhaupt zu Erben eingesetzt, aber doch dabey verordnet, daß sie blos den Pflichttheil haben sollen, so müssen sie zwar als Miterben die Schulden des Erblassers mit tragen; allein finden sich dabey Schwierigkeiten, so können sie verlangen, daß ihnen der Pflichttheil vorläufig ohne Abrechnung der Schulden gegeben werde, dagegen leisten sie Caution, daß sie ihren Antheil zur Bezahlung der Schulden, sobald das Liquidum derselben constituirt seyn wird, beytragen wollen [78]). Es kann auch den Notherben nach dem Verhältniß ihres Pflichttheils ein Theil der erbschaftlichen Schulden zur Bezahlung überwiesen werden [79]).

Da

contenti esse iussi sunt, quos *legatariorum loco* haberi certum est; alii vero ex certa parte, vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur: *eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti, vel conveniri decernimus, qui ex certa parte, vel sine parte scripti fuerint*, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.

76) Man sehe hier LAUTERBACH Colleg. th. pr Pandect. h. t. §. 45. vorzüglich aber *Io. Ad. Theoph.* KIND Quaestion. for. Tom. III. cap. 20.

77) *Nov. CXV. cap.* 5. Eine nähere Erläuterung dieser Stelle am Ende dieses §.

78) Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 396. S. 282.

79) LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 44. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1712. nr. II. pag. 893.

Da der Pflichttheil ein Theil der Erbschaft ist, so kann er bey Lebzeiten desjenigen nicht gefordert werden, der solchen dem künftigen Notherben zu hinterlassen schuldig ist. Es ist daher eine Regel: *Sicut hereditas viventis, ita et legitima viventis nulla est* [80]). Auch nicht einmal in dem Falle, da der Vater eine verschwenderische Lebensart anfängt, sind die Kinder befugt, den Pflichttheil von demselben bey dessen Lebzeiten zu fordern, sondern sie können nur allenfalls Maasregeln zu ihrer Sicherheit mit Hülfe der Obrigkeit ergreifen [81]). Ja wenn auch der Sohn eines Juden zur christlichen Religion übergehet, kann dennoch desselben Vater rechtlich nicht angehalten werden, daß er ihm den Pflichttheil bey seinem Leben geben solle. **Berlich** [82]) und **Carpzov** [83]) wollen zwar das Gegentheil behaupten; allein ihre Gründe sind unbedeutend, und schon längst von **Gustav Heinr. Mylius** [84]) und **Joh. Wilh. Hoffmann** [85]) gründlich widerlegt worden. Heutiges Tages kann es indessen nach den besondern Rechten der teutschen Provinzen zuwei-

80) S. *Chr.* THOMASII Diss. de legitima viventis. *Halae 1700.* (in EIUS *Dissertation.* Tom. II. pag. 408. sqq.)

81) VOET h. t. §. 51. HUBER praelect. ad Institution. h. t. §. 9. besonders WESTENBERG Diss. III. de portione legitima cap. 5. §. 12—16. Man sehe auch HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1712. not. c.

82) Conclus. practic. P. III. Concl. 14. nr. 31.

83) Definit. for. P. III. Constit. XII. definit. 10.

84) Diss. de patre iudaeo alimenta, sumtus studiorum, et legitimam filio christiano denegante. *Lipsiae 1740.* §. 18.

85) Observation. quae ad usum fori spectant, fascicul. (*Francof. ad Viadr.* 1736. 4.) Diss. VI. Obs. 47. pag. 110. sqq.

zuweilen Fälle geben, wo die Eltern schon bey ihrem Leben den Kindern den Pflichttheil zu geben schuldig sind[86]) welche aber nicht hierher gehören.

Es entsteht nun hiernächst die Frage, unter welchem Titel der Pflichttheil dem Notherben zu hinterlassen sey? Hier ist

1) soviel gewiß, daß nach dem ältern römischen Rechte der Notherbe nicht zum Erben eingesetzt zu werden brauchte, sondern der Erblasser konnte ihm den Pflichttheil auch blos titulo singulari, als ein Legat oder Schenkung von Todes wegen, hinterlassen[87]). Nur bey Söhnen, die noch unter väterlicher Gewalt standen, mußte eine Einsetzung oder Enterbung hinzukommen. Hatte der Vater seinen Sohn auch ohne eine hinlängliche Ursache enterbt, er hatte ihm aber doch soviel durch Vermächtniß oder unter einen andern singulären Titel hinterlassen, als der Pflichttheil betrug, so konnte das Testament nicht angefochten werden[88]). War hingegen nicht soviel verlassen worden, daß der Sohn den

86) Man sehe z. B. des Stifts Würzburg und Herzogthums zu Franken kaiserliche Landgerichtsordnung 3. Th. Tit. 31. (in Collect. statutor. provincial. adject. *de* LUDOLF *Observation. for.* P. III.) und *Lud. Ad.* SEGNITZ Diss. de legitima liberorum Franconica. *Altdorfii* 1705.

87) §. *ult. I. h t. Nov. XVIII. cap.* 1.

88) *L.* 8. §. 6. *D. h. t.* Si quis mortis causa filio donaverit quartam partem eius, quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamilias decessisset, *puto secure eum testari;* d. i. er kann getrost den Sohn enterben, ohne die Inofficiositätsklage zu befürchten. S. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 433. S. 122.

den vollkommenen Pflichttheil hatte, so fand die Inofficiositätsklage Statt, wofern nicht der Vater ausdrücklich verordnet hatte, daß der sich etwa findende Defect am Pflichttheile ergänzt werden solle, oder die ernannten Erben des verkürzten Sohns Geschwister waren; in diesem oder jenem Falle konnte bloß auf Ergänzung des Pflichttheils geklagt werden [89]). Uebrigens war kein Unterschied zwischen Kindern, Eltern und Geschwistern. Allein

2) nach der Nov. 115. Kap. 3. u. 4. müssen Kinder und Eltern, die eine Enterbung nicht verdient haben, nothwendig zu Erben eingesetzt werden. Es soll durchaus nicht mehr erlaubt seyn, Kinder oder Eltern nach Gefallen zu enterben oder gar zu übergehen, und ihnen allenfalls den Pflichttheil als ein Legat oder als eine Schenkung, oder unter irgend einem andern singulären Titel zuzuwenden; sondern man soll sie zu Erben einsetzen, wenn man keine rechtmäßige Ursache hat, sie auszuschliessen. Sancimus igitur, sagt Justinian Kap. 3. der angeführten Novelle nach Hombergk, ne ullo modo patri aut matri, avo aut aviae, proavo aut proaviae, filium suum, aut filiam, aut reliquos liberos in testamento suo praeterire vel exhaeredare liceat, *(etsi [90]) quacunque donatione, vel legato, vel fideicommisso, vel alio quocunque modo partem legibus illis debitam dederint)* nisi forsan ingrati probentur, et parentes ipsas ingratitudinis causas nominatim in testamento suo scripserint: und Kap. 4. heißt es: Sancimus igitur, ne liberis parentes suos praeterire vel eos quo-

89) *L. 4. C. Th. h. t.* PAULUS *Recept. Sentent.* Lib. IV. Tit. V. §. 7. Westphal a. a. O. §. 435. u. 436.

90) Die Vulgata hat nec si. Allein κἂν εἰ ist soviel als etsi.

quocunque modo a rebus suis, in quibus potestatem testandi habent, plane excludere liceat, nisi causas, quas enumerabimus, in testamentis suis specialiter scripserint. Ueber den Sinn dieser Verordnung wird nun zwar sehr gestritten. Mehrere Rechtsgelehrte [91]) wollen sie nämlich dahin erklären, daß man seine Kinder oder Eltern in dem Pflichttheile selbst zu Erben einsetzen müsse, wenn das Testament unangefochten bleiben soll. Sie glauben also, daß nach der Novelle 115. den Kindern und Eltern ihr Pflichttheil unter keinem speciellen Titel hinterlassen werden könne, sondern schlechterdings *titulo institutionis* verlassen werden müsse. Allein wie wenig dieß die Meinung des Gesetzgebers gewesen sey, ergiebt sich aus der Absicht seiner Verordnung, worüber sich **Justinian** Kap. 5. der gedachten Novelle folgendermaßen erklärt: Haec vero disposuimus, *ut tam parentes, quam liberos testamentorum iniuria liberemus*. Si vero quidam heredes nominati fuerint, etsi certis rebus contenti esse iubeantur, hoc quidem casu testamentum non subuerti praecipimus, quod vero illis minus legitima parte relictum est, hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur. *Unica enim est Sere-*

91) HOTTOMANN Disput. de quarta legit. cap. VI. §. 34. MERLINUS de legitima lib. V. T. 1. Qu. 1. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 15. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLVI. medit. 1. et 2. *Tob. Iac.* REINHARTH Select. Observat. ad *Christinaei* Decisiones Vol. I. Obs. 71. *Petr. de* TOULLIEU Diss. de portione legitima titulo institutionis relinquenda. (in EIUS *Collectan. iuris civ.* Diss. IX. pag. 283.) WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. 4. membr. 2. §. 7. pag. 198.

Serenitatis nostrae cura, ut iniuriam praeteritionis et exheredationis parentum et liberorum tollamus. Hier sagt Justinian ausdrücklich, seine Absicht gehe blos dahin, durch seine Verordnung zu verhüten, damit den Kindern oder Eltern nicht ohne hinlänglichen Grund das Unrecht und die Schande der Enterbung oder Präterition widerfahre. Dieses Unrecht trift nun aber die Kinder oder Eltern nicht, sobald sie zu Erben eingesetzt sind, sey es auch in der geringsten Sache. Denn das Fehlende muß der Miterbe ergänzen, ohne daß das Testament deshalb angefochten werden darf. Nach dieser Ansicht ist es daher der Vorschrift des Gesetzes keinesweges zuwider, wenn den Kindern oder Eltern ihr Pflichttheil auch unter einem speciellen Titel hinterlassen wird, wofern sie nur auch zugleich zu Erben eingesetzt sind. Wenn also der Testirer z. B. sagt: Meine Kinder sollen meine Erben seyn, doch soll sich mein ältester Sohn mit meinem Wohnhause begnügen, welches ich ihm hiermit statt des Pflichttheils vermache, oder er sagt: ich setze meinen Vater und meine Ehefrau zu meinen Erben ein, jedoch soll sich mein Vater mit dem Pflichttheile begnügen, weshalb ich ihm hiermit ein Legat von 1000 fl. aussetze; so ist das Testament nicht ungültig[92]). Nur dann

92) Mit mir stimmen überein CUJACIUS Exposit. ad Nov. 18. BACHOVIUS ad *Treutlerum.* Vol. I. Diss. XIII. Th 12. lit. A. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. XXV. §. 1. 2. WESTENBERG Diss. IV. de portione legitima cap. 1. §. 7. et 8. VINNIUS Commentar. ad §. 6. I. h. t. nr. 4. et 5. PUFFENDORF Observation. iur. univ. Tom. IV. Obs. 44. *Ios.* FINESTRES

dann könnte es bestritten werden, wenn den Kindern oder Eltern der Pflichttheil wäre hinterlassen worden, ohne sie zugleich zu Erben einzusetzen. Es ist indessen nicht nöthig, daß man gerade den Ausdruck zum Erben einsetzen brauche, auch andere Ausdrücke genügen, welche nach dem deutschen Redegebrauch eine Erbeseinsetzung andeuten, z. B. ich hinterlasse meinem Sohn, meiner Tochter den Pflichttheil; mein Sohn soll den Pflichttheil haben; oder ich vermache meinen Eltern den Pflichttheil [93]); oder, meine Kinder sollen sich mit dem begnügen, was sie schon von mir bey meinem Leben bekommen haben [94]). Der Testator muß nur nicht einen andern daneben zu seinen alleinigen und Universalerben einsetzen, und dadurch implicite erklären, daß der Pflichttheilsberechtigte nicht Erbe seyn

 solle.

STRES Praelect. ad Tit. Pandectar. de liberis et postum. P. III. cap. 1. §. 7. et 8. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de successionib. §. 146. not. g. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 473. Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 915. Griesinger Commentar über das Wirtembergische Landrecht 6. Band. §. 91. S. 382. folgg.

93) LEYSER Specim. 356. med. 2. PUFFENDORF Observation. iur. univ. Tom IV. Obs. 45. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. IV. Obs. 547. Griesinger a. a. O. S. 384.

94) Daß das Testament in einem solchen Falle nicht angefochten werden könne, sondern allenfalls die suppletorische Klage Statt finde, zeigen LEYSER Specim. CCCLVI. med. 9. *de* BEHMER in novo iure controv. Tom. II. Obs. 61. und Höpfner im Commentar §. 473. Not. 11. S. 518.

solle [95]). Bey den Geschwistern ist es anders. In Ansehung derselben ist das ältere Recht unverändert geblieben [96]).

Da übrigens der Pflichttheil ein durch die Gesetze bestimmter und gegebener Erbtheil ist, der mit den sämmtlichen Theilen der Verlassenschaft in einer verhältnißmäßigen Verbindung steht, und sich nach der Proportion seines Betrags auf alle Stücke des Nachlasses erstreckt; so können freylich dieser Allgemeinheit seines Einflusses und seiner Wirkungskraft von dem Testirer keine den Pflichttheil beschwerende Schranken gesetzt werden. Daher muß

1) der Pflichttheil aus der **Substanz der Güter** selbst hinterlassen, und nicht etwa blos aus künftigen Revenüen der Masse angewiesen werden [97]). Nach dem ältern Rechte mußte sich zwar der Notherbe auch die genossenen Früchte auf seinen Pflichttheil anrechnen lassen, wenn ihm auferlegt war, die Erbschaft als ein Fideicommiß nach Ablauf einer bestimmten Zeit an einen Andern wieder abzuliefern [98]). Allein **Justinian** änderte dieses zuerst in Ansehung

95) REINHARTH Select. Observation. ad *Christianeum*. Vol. IV. Obs. 17. **Strubens** rechtliche Bedenken 3. B. 18. Bed. **Höpfner** a. a. O. S. 512. **Griesinger** a. a. O.

96) HOFACKER T. II. §. 1717. **Thibaut** a. a. O.

97) WESTENBERG Diss. IV. de portione legitima Cap. II. §. 5. **Geiger** und **Glück** merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. B. Nr. XVI. §. 2. S. 4.

98) Der Grund war, weil man den Pflichttheil nach der Falcidie beurtheilte, bey welcher auch die Einrechnung der Früchte gewöhnlich war. *L. 8. § 11. D. h. t.* **Westphals** Theorie von Testamenten §. 401. S. 296.

setzung der Söhne [99]), nachher aber allgemein ab [100]). Es darf auch

2) der Pflichttheil nicht blos auf gewisse Sachen, geschähe es auch erbeinsetzungsweise, eingeschränkt werden. Der Notherbe, dem eine solche Verfügung des Erblassers zum Nachtheil gereicht, ist nicht schuldig, sich hierbey beruhigen zu müssen [1]). Zwar kann deshalb das Testament nicht umgestossen werden, aber hierdurch ist dem Notherben der Weg, sich von der ihm aufgelegten Beschwerde frey zu machen, nicht abgeschnitten. Unser Verfasser meint zwar, wenn die dem Notherben erbeinsetzungsweise angewiesene Sache keine Läsion in dem Quantum des Pflichttheils enthalte, so müsse sich der Notherbe damit begnügen. Eben so Stryk [2]). Auch Westphal [3]) sagt, die Sachen, welche der Erblasser auf den Pflichttheil angewiesen, müsse der Sohn annehmen; nur, wenn sie zum Pflichttheil zu wenig sind, stehe ihm die Erfüllungsklage zu. Alle stützen sich auf die oben (S. 113.) angeführten Worte aus dem Kap. 5. der Nov. 115. Nur Anton Faber [4]) beruft sich auf die *L. ult. C. famil. ercisc.* nach welcher sich die Kinder die von dem Vater unter ihnen gemachte Theilung sollen ge-

 fallen

99) *L. 6. Cod. ad SCtum Trebell.*

100) *L. 36. Cod. de inoff. testam.* Westphal §. 398. b.

1) Man sehe hier vorzüglich die gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsäßer. 4. Bd. Nr. XVI. S. 229. folgg.

2) Cautel. testamentor. Cap. XVII. membr. 2. §. 12.

3) Theorie von Testamenten §. 399.

4) De erroribus Pragmaticor. et Interpret. iuris. Decad. XV. Err. 2.

fallen lassen, und eine solche Disposition bey Kräften bleiben soll, *etiamsi solennitate legum huiusmodi dispositio fuerit destituta.* Allein es war Justinians Absicht keinesweges, hier dem Testirer eine Pflichttheils-Beschwerung zu erlauben, sondern er will nur, daß ein solches Testament, in welchem der Testirer seinen Eltern oder Kindern gewisse einzelne Sachen, aber erbeinsetzungsweise, angewiesen, und, daß sie damit zufrieden seyn sollten, verordnet hätte [5]), auf keine Weise angefochten werden solle. Er sagt aber nicht, daß diese Personen, denen der Pflichttheil gebührt, mit den ihnen bestimmten Sachen zufrieden seyn müßten, sondern er will vielmehr, daß dasjenige, was ihnen am Pflichttheil abgeht, ergänzt werde. Nun besteht diese Ergänzung nicht blos darin, daß ihnen etwa aus der Verlassenschaft noch so viel nachgezahlt werde, als der Werth der ihnen ausgesetzten Sachen weniger, als der Pflichttheil, beträgt. Nein, nach den Grundsätzen, welche uns die Gesetze von dem Pflichttheile an die Hand geben, geht den Notherben mehr ab, nämlich ein ihnen an den sämmtlichen Gütern des Erblassers, die ihnen angewiesenen Sachen ausgenommen, gebührender, dem Pflichttheil gemäser Antheil. Also muß ihnen dieses ergänzt werden.

5) BERGER in Oecon. iuris Lib II Tit. IV. Th. 15. Not. 9. sagt, die Worte im 5. Kap. der Nov. 115. „*etiamsi certis rebus iussi fuerint esse contenti*" seyen nicht Worte des Gesetzes, sondern des Testirers, mithin bleibe den Kindern unbenommen, diese Beschwerde zu rügen. Auch WERNHER in Observation. for. T. I. P. I. Obs. 185. führt bey einem Rechtsfalle aus, daß die Kinder nicht schuldig wären, sich mit einzelnen Erbstücken wegen des ihnen gebührenden Pflichttheils abfinden zu lassen.

den [6]). Die *L. ult. C. fam. ercisc.* redet nicht von dem Pflichttheile der Kinder, und gehört also nicht hierher, sie müßte auch den neuern Verordnungen des Kaisers Justinian weichen, nach welchen der Pflichttheil auf keine Weise beschwert werden soll. Diesen Grundsatz hat Justinian in jenem Novellentext weder ändern noch modificiren wollen. Auf jeden Fall müssen jedoch

3) die Miterben wegen dessen, wodurch der Notherbe seines Pflichttheils wegen abgefunden worden, die Gewähr leisten [7]). Ob nicht auch

4) den Notherben wegen ihres Pflichttheils ein stillschweigendes Pfandrecht auf dem Nachlasse des Verstorbenen zustehe, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige [8]) bejahen diese Frage in dem Falle, wenn der Pflichttheil im Testament hinterlassen worden, oder wenn auf dessen Erfüllung geklagt wird; verneinen sie hingegen, wenn der Pflichttheil vermöge gesetzlicher Verordnung gefordert wird; z. E. wenn das Kind, welches die Nullitäts- oder Inofficiositätsklage anstellen könnte, sich dennoch blos mit dem Pflichttheile begnügen will. Andere [9]) läugnen schlechterdings,

6) S. Elsässer in den angef. Beobachtungen §. 159.

7) *L. 36. pr. C. h. t.* — Sancimus itaque, in omnibus istis casibus, *sive in totum evictio subsequatur, sive in partem*, emendari vitium, et vel aliam rem vel pecunias restitui, vel repletionem fieri, nulla Falcidia interveniente. S. Westphal §. 398. b.

8) NEGUSANTIUS de pignorib. et hypoth. P. II. membr. 4. nr. 164. pag. 204. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 16. not. 9.

9) DECIUS Consil. 235. LAUTERBACH Tr. de legalibus s. tacitis hypothecis. Th. 48. LUDOLPH Symphor. Decis. et Consult.

Tom.

dings, daß den Notherben des Pflichttheils wegen eine Hypothec zustehe, weil kein Gesetz vorhanden sey, welches ihnen dergleichen Pfandrecht auf dem Vermögen des Erblassers ertheile. Allein nach der richtigeren Meinung der Rechtsgelehrten [10]) ist ein Unterschied zu machen, ob der Pflichttheil den Personen, welchen er gebührt, titulo legati, oder ob er ihnen titulo heredis hinterlassen worden ist. In dem ersten Falle haben die Pflichttheilsberechtigten, gleich jedem fremden Legatar, eine stillschweigende Hypothec, in dem letzten Falle hingegen kommt ihnen solche darum nicht zu, weil den Erben oder Miterben kein Gesetz ein Pfandrecht an dem Vermögen des Erblassers ertheilt.

§. 549.

Erörterung einiger den Pflichttheil in Absicht auf die Berechnung desselben betreffender streitiger Rechtsfragen.

Es sind nun noch einige streitige Rechtsfragen übrig, die sich zwar aus den bisher vorgetragenen Grundsätzen leicht entscheiden lassen, die aber doch wegen der Verschiedenheit der Meinungen unter den Rechtsgelehrten eine besondere Erörterung verdienen. Dahin gehört

1) die

Tom. I. Nr. 43. pag. 1165. Gmelin Ordnung der Gläubiger. Kap. 4. §. 18. am Ende.

10) *Reinh.* BACHOVIUS in Tr. de pignorib. et hypothec. Lib. I. cap. 10. nr. 7. WESTENBERG Diss. IV. de portione legitima. Cap. IV. §. 14. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris. Tom. I. pag. 402. not. o. *Ferd. Aug.* MEISSNER vollstaendige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. II. Th. (*Leipzig* 1804. 8.) §. 181. pag. 474.

1) die sehr bestrittene Rechtsfrage, ob ein rechtmäßig enterbtes Kind bey der Berechnung des Pflichttheils der übrigen darin eingesetzten Kinder mitzuzählen sey[11])? Will man diese Frage gründlich entscheiden, so kommt es auf drey Fragen an.

I. Ist der Enterbte mitzuzählen, um zu bestimmen, ob der Pflichttheil der übrigen Kinder die Hälfte oder nur ein Drittel ihrer Intestat-Portion betrage (an exheredatus *numerum faciat?*) Diese Frage ist besonders in dem Falle sehr interessant,

 wenn

11) Dieser Streitfrage sind vorzüglich folgende Schriften gewidmet. *Gebh. Christ.* BASTINELLER Diss. I. et II. de usu theoretico et practico quaestionis: an filius iuste exheredatus in computatione legitimae inter liberos connumerandus sit, nec ne? *Halae 1712.* *Christ. Henr.* BREUNING Differt. iur. civ. de filio iuste exheredato connumerando in constituenda legitimae quantitate. *Lipsiae 1753.* LENTZ Diss. an iuste riteque exheredatus in computatione legitimae sit connumerandus, *Francof. 1774.* praes. *Ioach. Ge.* DARIES def. *Car. Iac.* SCHEUFFELHUTH Diss. de eo, quod iustum est in exheredato, praecipue in legitima computanda, praes. *Io. Christ* WOLTAER, *Halae 1795.* (unter allen die schlechteste), eine der besten und gründlichsten Schriften hingegen ist *Henr.* COCCEJI Diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt. *Francof. ad Viadrum 1717.* Ausser diesen handeln davon *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 18. *Io. Christ.* CLAPROTII Diss. de computo legitimae secundum personas. *Goett 1739.* §. XI. seqq. *Arn.* VINNIUS select. iuris Quaestion. Lib. I. Qu. 21. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 5. und der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. Band. Medit. 84.

wenn ein Vater von fünf Kindern eins rechtmäsig enterbt hat. Denn wird hier das enterbte Kind mitgezählt, so kann jedes der übrigen auf den Pflichttheil eingesetzten Kinder die Hälfte seiner Intestat-Portion verlangen. Es giebt über diese Frage dreyerley Meinungen. Einige [12]) entscheiden dieselbe verneinend, und setzen den Entscheidungsgrund darin, daß ein Enterbter in den Gesetzen [13]) einem Todten gleichgeachtet werde. Er sey also auch bey der Bestimmung des Pflichttheils als ein solcher anzusehen, der nicht existire. Allein die Gesetze, in welchen gesagt wird: *exheredatum pro mortuo haberi*, reden nicht von dem Pflichttheile, sondern von der bonorum possessione contra tabulas. Diese gab der Prätor keinem Enterbten, wenn nämlich die Enterbung rite geschehen war, weil diesem nach dem Civilrechte die Inofficiositätsklage zustand. Nur den präterirten Kindern kam der Prätor zu Hülfe, besonders denjenigen, welche der Erblasser bey seinem Leben emancipirt hatte. In Absicht auf diese bonorum possessio war daher der Enterbte so gut wie tod. Denn seine Existenz war weder den präterirten Enkeln bey dem Gesuche derselben hinderlich, noch konnte der Enterbte einen Antheil von der Erbschaft verlangen, wenn emancipirte Kinder, welche der Erblasser präterirt hatte, die bonorum possessionem contra tabulas erhalten, und mittelst derselben eine Rescission des

12) SCHILTER Praxi iur. Rom. Exerc. XIV. §. 79. sqq. VOET h. t. §. 49. STRYK de cautelis testamentor. cap. XVII. membr. I. §. 21. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 16. not. 4. BOEHMER Dig. h. t. §. 6.

13) *L. 10. §. 4. D. de bon. poss. contra. tab. L. 1. §. 5. D. de coniung. cum emancip. liberis.*

des Testaments ausgewirkt hatten. Quo enim bonum est eis favere, ut partem faciant, nihil habituris [14])? Hiervon läßt sich nun aber wohl auf die Berechnung des Pflichttheils kein gültiger Schluß machen, da beyde ganz verschiedene Dinge sind [15]). Andere [16]) entscheiden daher jene Frage schlechthin bejahend, weil man bey der Berechnung des Pflichttheils auf den Zustand der Intestatvererbung sehen müsse, und folglich die Enterbung, als eine bloße Testamentsverordnung, den übrigen Pflichttheilsberechtigten nicht zum Nachtheil gereichen könne. Diese Meinung hat auch **Hellfeld**. Endlich nach einer dritten Meinung

14) S. meine Diss. de constit. legitimae port. parent. quantitate §. 27. et 28.

15) Daß die Regel: *exheredatus pro mortuo habetur*, nicht allgemein gilt, zeigt *Ant.* FABER Coniectur. iuris civ. Lib. IX. cap. 20.

16) *Fr.* BALDUINUS Comm. ad Nov. 18. (in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. I. pag. 1216.) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 14. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. X. Th. 32. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 82. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 238. §. 1. HOMMEL Rhaps. quaest. for. Vol. I. Obs. 199. nr. 1. WESTENBERG Diss. III. cap. III. §. 5. sqq. BASTINELLER Diss. cit. I. §. 30. sqq. und alle übrige Not. 11. angeführte Rechtsgelehrten. Unter den neuern besonders Westphal Theorie des R. R. von Testamenten §. 395. a. Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 37. MADIHN Princip. iur. Rom. de Success. §. 145. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1713. HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iur. Tom. I. pag. 399. not. c. MALBLANC Princip. iur. Rom sec. ord. Digestor. P. II. Sect. II. §. 701. Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 913.

nung [17]) kommt alles darauf an, ob das Kind einer solchen Ursache wegen enterbt worden ist, weshalb dasselbe, wenn auch der Vater ohne Testament verstorben wäre, dennoch auch sogar von der Intestaterbsfolge ausgeschlossen gewesen seyn würde, oder nicht. In jenem Falle könne der Enterbte bey der Bestimmung des Pflichttheils der übrigen Kinder nicht mitgezählt werden, weil er auch ab inteſtato nicht mitgeerbt haben würde [18]). In dem leztern Falle hingegen sey der Enterbte mitzuzählen, und der Pflichttheil für jedes der übrigen vier Kinder betrage daher die Hälfte seiner Intestat-Portion. Diese leztere Meinung verdient darum unstreitig den Vorzug, weil sie mit der Natur der Sache am besten übereinstimmt. Denn ist der Pflichttheil ein Theil der Intestat-Portion, so muß bey dessen Berechnung jederzeit auf den Zustand der Intestatvererbung gesehen werden. Hieraus folgt klar, daß der Enterbte bey der Bestimmung der Grösse des Pflichttheils mitzuzählen sey, in sofern derselbe ab inteſtato mitgeerbt haben würde. Denn nach der Nov. 18. Kap. 1. und der Nov. 39. Kap. 1. soll auf die Anzahl der Kinder gesehen werden, die ab inteſtato hätten erben können, und darnach der Pflichttheil bestimmt werden. Hieraus folgt aber auch, daß wenn die Gesetze den Enterbten auch sogar von der Intestaterbsfolge ausschliessen, derselbe auch bey der Bestimmung des Pflichttheils nicht mitzuzählen, sondern eben so anzusehen sey, als ob er gar nicht existire. Es fragt sich nun,

II. Ob

17) *Aug. Wilh.* MEYER Diff. de determinanda legitimae quantitate. *Goett. 1776.* §. 13.

18) Vergleiche *Nov. CXV. cap. 3. §. 9. 12. et 14.*

II. Ob das enterbte Kind auch bey der Vertheilung des Pflichttheil's mitzuzählen sey, so daß auch für dasselbe eben so gut ein Theil ausgesetzt werden müsse, als wenn es miterbte, ob es gleich nichts davon bekommt? Man drückt dieß gewöhnlich so aus: an exheredatus *partem faciat* (ad minuendam legitimam)? Diese Frage hat auf die Zahl der Pflichttheilsberechtigten keinen Einfluß, sondern ist von gleicher praktischer Wichtigkeit, der Pflichttheil betrage das Drittel oder die Hälfte. Wir wollen uns z. B. den Fall denken, ein Vater habe von drey Kindern eins enterbt, und die andern beyden auf den Pflichttheil eingesetzt. Wird das enterbte Kind nicht mitgezählt, so erhalten die andern beyden Kinder zu ihrem Pflichttheil zwar auch nur den dritten Theil der väterlichen Verlassenschaft, allein von diesem Drittel wird doch jedes dieser Kinder die Hälfte bekommen. Wird hingegen der Enterbte bey der Vertheilung des Pflichttheils mitgerechnet, so bekommt jedes der beyden übrigen Kinder von dem Pflichttheilsbetrage nur den dritten Theil. Beträgt also der Pflichttheil für sämmtliche Kinder z. E. 3000 Rthlr. so erhält nach jener ersten Berechnung jedes der beyden eingesetzten Kinder 1500 Rthlr. nach der letztern hingegen bekommt jedes nur 1000 Rthlr. Bey der Entscheidung dieser zweyten Frage sind nun die Meinungen der Rechtsgelehrten ebenfalls getheilt. Daß sie von denjenigen verneinet wird, welche den Grundsatz aufstellen, der Enterbte sey für tod zu halten, wird Niemanden wundern. Aber sonderbar ist es, wenn diejenigen[19], welche ganz

19) Ausser unserm Verfasser sind dieser Meinung besonders BREUNING in der oben angeführten Dissert. Cap. III. pag. 17. und MADIHN in Princip. iur. Rom. de Successione. §. 145. et not. d.

ganz richtig behaupten, daß der Enterbte bey der Bestimmung des Pflichttheils, ad augendam legitimae quantitatem, mitzuzählen sey, denselben dennoch bey der Vertheilung des Pflichttheils, ad legitimam minuendam, darum nicht mitgezählt wissen wollen, weil das ius accrescendi jederzeit bey der Berechnung des Pflichttheils Statt gefunden habe. Allein diese Meinung beruhet auf einem ganz unrichtigen Grunde, und streitet gegen ein deutliches Gesetz. **Ulpian** [20]) sagt ausdrücklich: Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, *an exheredatus partem faciat*, qui non queritur: utputa sumus duo filii exheredati? et utique faciet, ut PAPINIANUS respondit. **Ulpian** redet hier von einem Falle, wo ein Vater seine beyden Söhne enterbt hätte. Dem einen hatte er jedoch ein Legat ausgesetzt, welches so viel als sein Pflichttheil betragen mochte. Dieser glaubte demohngeachtet, es sey ihm durch die Enterbung Unrecht geschehen, und stellte daher gegen das Testament des Vaters die Querel an. Der andere hingegen klagte nicht; warum? wird nicht gesagt. Wir können uns also entweder den Fall gedenken, daß er nicht klagen wollte, oder daß er nicht klagen konnte. Denn da keiner von diesen Fällen ausgenommen ist, so kann das Gesetz von beyden verstanden werden, wie auch **Vinnius** [21]) sehr richtig bemerkt hat. Nun entstand die Frage, ob in dem angegebenen Falle die Querel zuläßig sey? Alles kam nach dem Rechte des Ulpianischen Zeitalters darauf an, ob das dem Kläger hinterlassene

20) *L. 8. §. 8. D. h. t.*

21) Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 21. pag. 52. (Edit. *Franequer.* 1690. 4.)

sene Vermächtniß den ihm gebührenden Pflichttheil erschöpfte. Zu Ulpians Zeiten war der Pflichttheil noch quarta pars debitae ab intestato portionis, und dieser konnte titulo singulari dem Sohn hinterlassen werden, ohne ihn nothwendig dabey zum Erben einsetzen zu dürfen. Es kam also darauf an, ob der Kläger diese Quarte hatte. Wir wollen nun annehmen, das Vermögen des verstorbenen Vaters hätte in 12000 Solidis bestanden, hiervon betrug also der Pflichttheil für beyde Söhne die Summe von 3000 Solidis. Wären beyde auf den Pflichttheil eingesetzt gewesen, so hätte jeder zu seinem Antheil 1500 Solidos erhalten. Soviel und vielleicht noch drüber hatte nun auch der verstorbene Vater dem klagendenden Sohn vermacht. Allein dieser glaubte, weil sein Bruder nicht geklagt habe, so gehöre ihm die ganze Quarta der väterlichen Verlassenschaft. Wie entscheidet nun Ulpian den Fall? natürlich wider den Kläger, und beruft sich deshalb auf Papinians Auctorität. Denn mehr als den vierten Theil seiner Intestaterbportion konnte der klagende Sohn nach dem Rechte seines Zeitalters nicht verlangen. Diesen hatte er durch das Vermächtniß vollkommen erhalten. Denn die 1500 Solidi machten gerade den vierten Theil von 6000 Solidis aus, welche der enterbte Kläger zu seinem Antheil erhalten haben würde, wenn sein Vater ohne Testament verstorben wäre. Es ist also unläugbar, daß das enterbte Kind auch bey der Vertheilung des Pflichttheils mitzuzählen sey, insofern dasselbe ab intestato mitgeerbt haben würde [22]), und eben so unwidersprechlich gewiß ist es, daß hier der

22) Mit mir stimmen überein *Luc. van de* POLL de exheredat et praeterit. cap. 65. §. 3. COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 18. ferner

der Natur der Sache nach kein ius accrescendi Statt haben könne [23]), welches sogar nicht einmal alsdann Statt finden würde, wenn auch die Kinder sämmtlich im Pflichttheile wären

ferner VINNIUS, HOFACKER, MALBLANC, HAUBOLD ad *Bergerum* cc. ll.

23) Die *L. 17. D. h. t.* steht jener *L. 8. §. 8. D. h. t.* nicht entgegen. Denn es ist eine ganz andere Frage, ob bey der Inofficiositätsquerel das ius accrescendi Statt finde, welche in jener *L. 17.* entschieden wird. S. COCCEJI Diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt. Sect. III. nr. 8. seqq. Es heißt zwar auch in der *L. 8. §. 8. cit.* Et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Diese Worte haben mehrere Rechtsgelehrte verleitet, zu glauben, Ulpian rede in dieser Stelle gar nicht von der Berechnung des Pflichttheils, sondern entscheide vielmehr die Frage, ob bey der Querel das ius accrescendi Statt finde. Man sehe CLAPROTH Diss. de computo legitimae secundum personas §. 14—17. Allein nimmt man diese Erklärung an, so steht der vorausgeschickte Entscheidungsgrund: Quoniam quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, ohne Sinn und Zusammenhang da. Auch die nachfolgenden Worte, wo von der Berechnung des Pflichttheils der Enkel die Rede ist, würden in keiner Verbindung mit jener Frage stehen. Offenbar will also Ulpian bloß zur Bestärkung des Vorhergehenden sagen, der Enterbte sey nicht nur mitzuzählen bey der Berechnung des Pflichttheils, um darnach zu bestimmen, ob die Querel zuläßig sey, sondern sogar auch dann sey auf ihn mit Rücksicht zu nehmen, wenn wirklich die Querel gegründet sey. Auch hier falle das ius accrescendi in der Regel weg, und der Enterbte könne nur auf seinen Intestaterbtheil klagen, wovon nachher die *L. 17. pr. D. h. t.* Qui *repudiantis animo* non venit ad accusationem inofficiosi testamenti nur eine Ausnahme enthält. Man sehe NOODT Comm. ad Pand. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 170.

wären eingesetzt worden, und eins von denselben wegfallen sollte, wie schon oben [24]) ausführlicher gezeigt worden ist. Hieraus entscheidet sich nun

III. die letzte Frage von selbst, nämlich wem des Enterbten Antheil zufalle? Denn ist der Enterbte bey der Berechnung des Pflichttheils eben so mitzuzählen, als ob er miterbte, so folgt daraus von selbst, daß der Pflichttheil der übrigen Kinder dadurch auf keine Weise einen Zuwachs erhalten könne. Sie würden sonst gegen die Absicht des Testirers und der Gesetze mehr bekommen, als ihnen gebührt. Denn ihnen gehört mehr nicht, als ein Drittel oder die Hälfte ihres Intestaterbtheils. Diesen erhalten sie vollkommen. Sie haben also kein Recht an dem Theil des enterbten Kindes, sondern dieser bleibt dem außer ihnen eingesetzten Erben, und dieser giebt den Pflichttheilsberechtigten nicht mehr und nicht weniger, als sie erhalten würden, wenn keine Enterbung geschehen wäre [25]). **Claproth** [26]) will zwar einen Unterschied machen, ob der Enterbte klagt, oder nicht; in dem ersten Falle accrescire desselben Pflichttheil den übrigen Kindern, der Kläger möge den Proceß verlohren oder liegen gelassen haben [27]). In dem

24) S. § 544 nr. V. S. 68. Das Gegentheil behauptet ohne Grund WESTENBERG Diss. IV. de port. legitima Cap. IV. § 17.

25) S. STRUV Exerc. X. Th. 32. nr. 3. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 395. a. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. 2. §. 5. pag. 196. *Lud. Henr.* LILIEN Diss. de legitima §. 14. nr. I. HOFACKER T. II. §. 1713. in fine. MALBLANC c. l. pag. 859. seq.

26) Cit. Diss. §. 27.

27) Arg. *L.* 16. *et L.* 23. §. 2. *D. h. t.*

dem letztern hingegen bleibe der Antheil des Enterbten bey dem eingesetzten Haupterben [28]), wenn nicht etwa der Enterbte repudiantis animo die Klage unterlassen haben sollte, in welchem Falle desselben Portion den übrigen Kindern zufalle [29]). Allein die Gesetze, worauf er sich bezieht, reden blos vom Accrescenzrechte bey der Querel [30]), von welchem sich auf den Pflichttheil kein gültiger Schluß machen läßt [31]).

Eine nicht minder bestrittene Rechtsfrage ist

2) die: **ob ein Kind, welches bey Lebzeiten des verstorbenen Ascendenten der künftigen Erbschaft desselben entsagt hat, bey der Berechnung des Pflichttheils der übrigen Kinder mitzuzählen sey?**

Ein solcher entsagender Erbvertrag war zwar nach den Grundsätzen der Römer in der Regel nichtig. Der Entsagende konnte demohngeachtet die Erbschaft, wenn sie ihm anfiel, sowohl nach dem Civilrechte antreten, als auch die bonorum possessio suchen [32]). Ja wenn auch eine Tochter sich in den Ehepacten verbindlich gemacht hatte, daß sie mit dem empfangenen Heyrathsgute zufrieden seyn, und keinen weitern Anspruch an der künftigen Erbschaft ihres

28) Arg. *L.* 8. §. 8. *D. h. t.*

29) Arg. *L.* 17. *pr. D. eod.*

30) *Thom.* PAPILLONIUS de iure accrescendi, in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag 777. und Westphal von Testamenten §. 1025.

31) G. NOODT Comm. ad Pand. h. t. §. *Ut ut erit.* Tom. II. *Operum.* pag. 170.

32) *L.* 94. *D. de acquir. vel. omitt. hereditat.*

ihres Vaters machen wolle, so wird dennoch auch ein solcher Vertrag in dem römischen Rechte für nichtig erklärt [33]), *quia*, wie **Papinian** [34]) zum Grunde anführt, *privatorum cautio legum auctoritate non censetur*. Nicht einmal die ausdrückliche Entsagung der Querel gegen das väterliche Testament hob dieselbe auf, wenn gleich das Kind deshalb mit Sachen oder Geld war abgefunden worden [35]). Alles dessen ungeachtet muß dennoch jene Frage aus Grundsätzen des römischen Rechts entschieden werden, und es läßt sich nicht mit **Quistorp** [36]) annehmen, daß sie bey den Römern nicht habe vorkommen können. Denn es ist noch immer die Frage, ob jene Gesetze auch auf den Fall gehen, wenn der entsagende Notherbe seines Pflichttheils wegen vollkommen zufrieden gestellet worden ist. Nicht ohne Grund läßt uns **Ulpian** hieran zweifeln, wenn er sagt [37]): Si *parens* vel accepit pecuniam, ut emanciparet, vel postea *vivus in eum filius, quantum satis est*, (i. e. legitimam) *contulit, ne iudicia eius inquietet*, EXCEPTIONE DOLI REPELLITUR. Durch Verträge soll also eigentlich nach dem Geist jener Gesetze nur dem Pflichttheil kein Eintrag geschehen, wie Herr Ord. **Bauer** [38]) ausführlich gezeigt hat.

33) *L. 3. Cod. de Collation.*

34) *L. ult. D. de suis et legitim. heredib.*

35) *L. 35. §. 1. C. de inoff. testam.*

36) Rechtliche Bemerkungen 2. Th. herausgegeben von D. **Wiese**. Bemerk. 37. S. 130.

37) *L. 1. §. 3. D. Si a parente quis manumiss. sit.*

38) Diss. I. de pacto hereditatis renunciativo. *Lipsiae 1720.* §. 4—12.

Gesetzt aber auch, man wollte mit Joseph Finestres [39]) Ulpians Entscheidung blos von der bonorum possessio contra tabulas verstehen, welche der Prätor dem Vater, als Manumissor seines Sohns, gab, und mit diesem gründlichen Rechtsgelehrten annehmen, der Vater sey deswegen von der ihm schon nach dem alten Civilrechte, als Vater, zustehenden Inofficiositätsquerel nicht ausgeschlossen worden; *nec enim ei nocere debet*, sagt Ulpian [40]) nicht ohne Grund, *quod iura patronatus habebat, cum sit et pater*; so kam es doch noch erst darauf an, ob der entsagende Notherbe, die ihm allenfalls noch zustehende Querel anstellen, oder nicht vielmehr den letzten Willen des Erblassers anerkennen wollte. Denn Justinian setzt in der oben angeführten Constitution, worin er die Entsagung der Querel für unkräftig erklärt ausdrücklich hinzu: *Sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, in quibus apertissime iudicium patris agnoverit.* Auf jeden Fall aber würde nach teutschen Rechten, nach welchen alle Arten von Erbverträgen gültig sind, einem solchen Kinde, welches bey Lebzeiten des verstorbenen Ascendenten abgefunden worden ist, die exceptio doli entgegen stehen. Kurz die Frage muß aus dem römischen Recht entschieden werden.

Um jedoch zur Entscheidung selbst zu kommen, so gehen nun hier die Meinungen der Rechtsgelehrten weit mehr durch einander, als bey jener ersten Frage, welche die enterbten Kinder betraf.

Voet

39) Commentar. in *Hermogeniani* ICti iuris epitomar. libros VI. Tom. II. ad *L. 94. D. de adquir. heredit.* §. 5. pag. 674.

40) *L. 1. §. ult. D. Si a parente quis manumiss.*

Voet[41]) unterscheidet, ob die Entsagung schlechthin und ohne alle Vergütung geschehen, oder ob das entsagende Kind durch den Empfang eines Heyrathsguts, oder sonst mit Etwas abgefunden worden sey. Im ersten Falle sey das Kind, welches ohne alle Vergütung auf die Erbschaft des verstorbenen Ascendenten Verzicht geleist t hat, für tod zu halten, und folglich auf keine Weise mitzuzählen. In dem letztern Falle hingegen sey das abgefundene Kind in jeder Rücksicht mitzuzählen, sowohl wenn es auf Vermehrung des Pflichttheils bis auf die Hälfte der Intestaterbportion, als wenn es auf Verminderung des Pflichttheils bey Vertheilung desselben ankommt. Denn da das entsagende Kind durch seine Abfindung das Vermögen des Vaters vermindert hat, so müsse es auch den übrigen Kindern in Rücksicht der Zahl zu statten kommen. Der Antheil desselben accrescire jedoch nicht den übrigen im Pflichttheil instituirten Kindern, sondern den neben ihnen eingesetzten Erben, sie seyen Kinder oder fremde Personen. Wäre jedoch die Entsagung ohne Vergütung blos zu Gunsten einer gewissen Person geschehen, so accrescire der Antheil des entsagenden Kindes der dadurch begünstigten Person allein.

Berger[42]) behauptet gerade das Gegentheil. Hat das renuncirende Kind, sagt er, ohne Etwas dagegen zu erhalten, der Erbschaft des verstorbenen Ascendenten bey dessen Lebzeiten entsagt, so sey es mitzuzählen; ist es aber gehörig abgefunden worden, so sey desselben Portion vom

 Pflicht-

41) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 49. et 50.

42) Oecon. iur. Lib. II. Tit. IV. Th. 16. not. 4. nr. 2. pag. 399. edit. *Haubold*.

Pflichttheile der übrigen Kinder abzuziehen, weil solches seine Legitima schon beym Leben des Ascendenten erhalten, und folglich nicht zweymahl gegeben werden könne.

Noch andere Rechtslehrer [43]) wollen ein abgefundenes Kind bey Berechnung des Pflichttheils nur insofern mitgezählt wissen, als dadurch die Grösse des Pflichttheils überhaupt vermindert wird, nicht aber, wenn der Pflichttheil durch Mitzählung des abgefundenen Kindes bis zur Hälfte des Intestaterbtheils vergrössert werden sollte. Wenn also z. B. der verstorbene Ascendent vier oder weniger Kinder hinterlassen, unter welchen die Tochter bey ihrer Heyrath gegen den Empfang ihres Heyrathsgut auf die väterliche Erbschaft Verzicht geleistet hat, die übrigen Kinder aber blos auf den Pflichttheil eingesetzt worden sind, so falle der Antheil der abgefundenen Tochter an dem Triente den vom Vater neben den Kindern eingesetzten Haupterben zu. Wenn hingegen mit Inbegriff der abgefundenen Tochter fünf Kinder vorhanden wären, so betrage der Pflichttheil der Kinder hier nicht die Hälfte, sondern nur das Drittel der väterlichen Erbschaft, und dieses theilen die vier im Pflichttheile eingesetzten Kinder ganz unter sich, mit Ausschliessung der abgefundenen Schwester.

Noch andere [44]) glauben, daß wenn eine teutsche Grund- und Todtheilung geschehen, das auf solche Art

43) FACHINAEUS in Controv. iuris Lib. IV. cap. 31. Concl. 4. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. X. Th. 32. CARPZOV P. III. Const. X. def. 14.

44) Ad. Sieg. Phil. Semlers Untersuchung, ob die berathenen oder abgesonderten Kinder bey der Berechnung des Pflichttheils mit zu zählen sind, oder nicht. Halle. 4.

Art abgeſonderte Kind nach teutſchen Sitten in Rückſicht auf die Eltern als tod, und ſchon vor den Eltern verſtorben zu betrachten ſey, welches daher, als ſolches, gar kein Recht mehr zur Inteſtaterbſolge haben könne, mithin auch keine Verminderung noch Vergröſſerung des geſetzlichen Pflichttheils durch Mitzählung deſſelben bewirken könne.

Allein die meiſten Rechtsgelehrten [45]) verwerfen mit Recht alle jene Diſtinctionen, und behaupten, daß ein Kind welches bey Lebzeiten des verſtorbenen Aſcendenten der Erbſchaft deſſelben entſagt hat, bey Berechnung des Pflichttheils der übrigen Kinder ohne Unterſchied, ſowohl quoad partem als numerum, mitzuzählen ſey. Dieſe letztere Meinung verdient um ſo mehr den Vorzug [46]), weil es bey der Berechnung des Pflichttheils ſtets darauf ankommt, wie groß derſelbe an und für ſich geweſen wäre, wenn alle Kinder, welche die Geſetze nicht von der Inteſtaterbſolge ausſchließen, den Pflichttheil hätten fordern können, woſern ſie nicht

46) MANZ Tr. de legitima Qu. IV. n. 21. ſeqq. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. LXV. §. 9. pag. 305. ſeqq. HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. I. Obſ. 199. nr. 1. COCCEJI Diſſ. de liberis, qui partem et numerum faciunt. Sect. VI. PUFENDORF Obſervation. iur. univ. Tom. I. Obſ. 238. CLAPROTH Diſſ. de computo legitimae ſecundum perſonas §. 26. Quiſtorp rechtl. Bemerkungen 2. Th. Bem. 37. S. 131. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. pag. 195. Not. *) (edit. *tert. Ien. 1791.*)

46) Vortreflich hat dieſe Meinung gegen *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. XII. Err. 8. ausgeführt *Bartholom.* KELLENBENTZ in Quaeſtion. illuſtrib. de renunciatione ſucceſſion. praeſ. familiar. illuſtr. Quaeſt. 37. pag. 461. ſqq.

nicht die Enterbung verdient, oder der Erbschaft des verstorbenen Ascendenten entsagt hätten. Denn so wenig der Vater durch die Enterbung eines Kindes, eben so wenig kann ein Kind durch seine Entsagung bewirken, daß dadurch der gesetzlich bestimmte Pflichttheil der übrigen Kinder verändert oder vermindert wird. Man wende nicht ein, daß ein solches Kind, welches bey Lebzeiten des verstorbenen Ascendenten auf die Erbschaft desselben Verzicht geleistet hat, ab intestato nicht geerbt haben würde. Denn die Renunciation hebt ja die Eigenschaft des Kindes, als gesetzlichen Erben des verstorbenen Ascendenten, nicht auf, sondern macht nur, daß demselben die exceptio pacti entgegen stehen würde, wenn es Anspruch an der Erbschaft, welcher dasselbe entsagt hat, machen wollte. Hierzu kommt, daß alle Entsagung einer künftigen Erbschaft immer auf den Fall geschieht, wenn sie dem Entsagenden anfallen wird, und daher auch nicht eher von Wirkung ist, als wenn die Bedingung existirt [47]). Wäre nun der Renunciant für tod zu halten, wie könnte ihm dennoch die Erbschaft deferirt werden?

Es herrschen indessen selbst unter denjenigen Rechtsgelehrten, welche das entsagende Kind bey der Berechnung des Pflichttheils der übrigen Kinder mitgezählt wissen wollen, noch darüber verschiedene Meinungen, wem der Antheil eines solchen Kindes zufalle? Einige behaupten [48]) daß dieser Antheil dem vom Vater begünstigten,

47) KIND Quaestion. for. Tom. III. cap. 6. pag. 67.

48) *Luc. van de* POLL c. I. pag. 508. LILIEN Diss. de legitima §. 14. nr. II. und Quistorp a. a. O. S. 132.

ten, oder außer den Kindern eingeſetzten Haupterben zu gute kommen müſſe, und dieſes im Zweifel immer zu vermuthen ſey. Andere [49]) hingegen wollen, daß man unterſcheiden müſſe, ob die Entſagung der Erbſchaft bloß zu Gunſten eines der Geſchwiſter, oder ob ſie ſchlechthin geſchehen ſey. In dem erſten Falle ſoll der Antheil des Renuncianten dem allein, zu deſſen Faveur die Entſagung ausdrücklich geſchehen iſt, in dem andern hingegen ſämmtlichen Geſchwiſtern zufallen.

Wäre von der Inteſtaterbfolge die Rede, ſo würde dieſe letztere Meinung allen Beyfall verdienen. Allein da der verſtorbene Aſcendent die übrigen Kinder bloß auf den Pflichttheil eingeſetzt hat, ſo iſt jene erſtere Meinung, als der Natur des Pflichttheils gemäßer, billig vorzuziehen. Endlich iſt noch

3) die Frage übrig: **ob ein Notherbe, welcher nach dem Tode des Erblaſſers ſeinen Antheil ausſchlägt, bey der Berechnung des Pflichttheils der übrigen darin eingeſetzten Berechtigten mitzuzählen ſey?** Die Rechtsgelehrten weichen auch bey Entſcheidung dieſer Frage ſehr von einander ab. Berger [50]) unterſcheidet hier eben wieder ſo, wie in jenem Falle, da eine Entſagung der Erbſchaft ſchon bey Lebzeiten des Erblaſſers geſchehen iſt. Allein die meiſten

 Rechts-

49) PUFENDORF c. l. §. 4. et 5. CLAPROTH cit. Diff. §. 28. KELLENBENTZ de renunciat. ſucceſſion. Quaeſt. 38. p. 481. ſqq.

50) c. l. pag. 399.

Rechtsgelehrten [51]) stimmen darin überein, daß ein solches Kind, welches nach dem Tode seines Vaters oder seiner Mutter die Erbschaft ausschlägt, bey der Bestimmung des Pflichttheils der übrigen Kinder mitzuzählen sey, und folglich derselbe die Hälfte ihres Intestaterbtheils betrage, wenn ihrer mit Einrechnung des repudiirenden Kindes fünf seyn sollten. Nur darüber sind sie verschiedener Meinung, wem der Antheil des repudiirenden Kindes zufalle. Einige [52]) sagen, diese Portion accrescire den übrigen Kindern. Andere [53]) unterscheiden, ob der Repudiirende ausdrücklich erklärt habe, zu wessen Besten er die Erbschaft ausgeschlagen habe, oder nicht. Im ersten Falle bekomme den Theil des Repudiirenden derjenige allein, zu dessen Faveur die Begebung geschehen ist. In dem letztern hingegen accrescire er allen übrigen auf den Pflichttheil eingesetzten Notherben, mit Ausschluß des daneben eingesetzten fremden Haupterben. Noch andere [54]) behaupten, daß auch der eingesetzte Haupterbe eben so gut, wie die übrigen im Pflichttheile eingesetzten Notherben, ein Recht auf den Antheil des Repudiirenden habe, und daß derselbe den Pflichttheilsberechtigten nur dann ausschließlich accrescire, wenn ihnen der Pflichttheil titulo legati auf eine solche Art hinterlassen worden, daß sie

51) *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. 65. §. 6. CARPZOV P. III. Const. X. def. 15. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. X. Th. 32. CLAPROTH cit. Diss. §. 25.

52) CARPZOV c. l. Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 37. not. h. S. 134.

53) CLAPROTH cit. Diss. §. 28.

54) STRUV c. l. Exerc. X. Th. 32. nr. 3. WESTENBERG Diss. IV. de port. legitima cap. IV. §. 17.

sie als collegatarii zu betrachten sind. Endlich giebt es Rechtsgelehrten [55]), welche den Antheil des Repudiirenden bloß dem außer dem Pflichttheile eingesetzten Haupterben zuerkannt wissen wollen, wofern nicht die Begebung ausdrücklich in Rücksicht der übrigen Pflichttheilsberechtigten, oder zum besondern Vortheil eines derselben geschehen seyn sollte. Diese letztere Meinung verdient billig den Vorzug. Man setzt ihr zwar die *L. un. Cod. Quando non petent, partes petentib. accresc.* und die *L. 17. pr. D. h. t.* entgegen. Allein vergebens. Denn keins von diesen Gesetzen gehört hierher. Jenes redet von mehreren Kindern, denen die bonorum possessio zusteht, hier sollen die Theile derjenigen, die sie nicht gesucht haben, denen accresciren, welche sie agnoscirten. Dies paßt nicht auf Kinder, welche blos im Pflichttheil eingesetzt sind, wenn neben ihnen ein Haupterbe existirt, der nach dem Willen des Testirers das übrige Vermögen haben soll. Hier ist keine solche Conjunction, wie dort, wo den Kindern die bonorum possessio ab intestato deferirt wird. Das letztere Gesetz redet von zwey zugleich enterbten Kindern, die beyde klagen konnten, von denen aber das eine repudiantis animo nicht klagt. Hier kommt freylich dem Kläger das ius accrescendi zu statten, weil die Querel das Testament aufhebt [56]).

§. 550.

55) *Luc. van de* POLL cit. loc. pag. 502. und LILIEN Diss. de legitima §. 14. nr. II.

56) WESTPHAL Diss. de iure accrescendi inter coheredes. Cap. VII. §. 29.

§. 550.

Mancherley Rechtsmittel, die den Notherben ihres Pflichttheils wegen zustehen.

Den Notherben stehen nun mancherley Rechtsmittel zu, wodurch sie ihren Pflichttheil erhalten können[57]. Es lassen sich nämlich, um selbige näher bestimmen zu können, folgende Fälle gedenken.

I. Den Notherben ist der ihnen gebührende Pflichttheil auf die gesetzmäßige Art und in der gehörigen Grösse hinterlassen worden. Hier ist zu unterscheiden. Sie sind entweder

A. im Besitz der Erbschaft. Hier können sie sich eines Retentionsrechts bedienen[58]; oder sie sind

B. nicht im Besitz. Hier stehen ihnen possessorische und petitorische Rechtsmittel zu Gebote. Der Pflichttheil ist nämlich ihnen entweder

1) erbeinsetzungsweise hinterlassen worden. Hier sind

a) possessorische Rechtsmittel das Interdictum quorum bonorum, und das Remedium ex L. fin. Cod. de

57) Von diesen Rechtsmitteln handeln WESTENBERG Diss. IV. de port. legit. cap. 4. *Io. Lud.* SCHMID Progr. de remediis iuris, quae liberis institutis propter legitimam competunt. *Ienae* 1773. HOFACKER T. II. §. 1718—1720.

58) *L. 21. C. famil, ercisc.* Eben so, wie dem Erben der Falcidischen sowohl als Trebellianischen Quarte wegen das Retentionsrecht zusteht. *L. 1. §. 9. D. ad L. Falcid.* §. 7. *I. de fideicomm. hered. L. 1. C. ad SCtum Trebell.*

de Edicto D. Adriani tollendo[59]. (*vid. Lib. XLIII. Tit. 2.*)

b) Petitorische Klagen, nämlich die Particular-Erbschaftsklage, wenn der Beklagte sich für den alleinigen Erben hält, und dem Notherben sein Recht auf den Pflichttheil bestreitet[60], oder die Erbtheilungsklage (*actio familiae erciscundae*) wenn der Beklagte den Kläger zwar für einen Miterben anerkennt, allein wegen der Berechnung des Pflichttheils oder wegen der Theilung desselben zwischen den Parthenen ein Streit vorwaltet[61].

2) Ist der Pflichttheil *titulo legati* oder durch einen andern speciellen Titel hinterlassen worden, so finden hier eben die Klagen statt, die den Legatarien zukommen, nämlich die rei vindicatio, actio personalis ex testamento, und actio hypothecaria[62], oder das derselben entsprechende possessorische Rechtsmittel, interdictum Salvianum

59) S. Westphals syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente ꝛc. Rechten und Pflichten des Erben, auch dessen possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln. 6. Th. §. 532. ff.

60) *L. 10. §. 1. D. de heredit. petit.* Westphals angef. Commentar §. 514. folgg. S. 328. ff.

61) *L. 2. pr. et §. 1. D. Famil. ercisc.* Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. 2. Th. 2. Abschn. §. 676. folgg.

62) LEYSER Vol. VI. Specim. CCCLXXXI. medit. 1. Anderer Meinung ist MANZ de legitima Qu. 56. nr. 7.

§. 550.

Mancherley Rechtsmittel, die den Notherben ihres Pflichttheils wegen zustehen.

Den Notherben stehen nun mancherley Rechtsmittel zu, wodurch sie ihren Pflichttheil erhalten können [57]). Es lassen sich nämlich, um selbige näher bestimmen zu können, folgende Fälle gedenken.

I. Den Notherben ist der ihnen gebührende Pflichttheil auf die gesetzmäßige Art und in der gehörigen Grösse hinterlassen worden. Hier ist zu unterscheiden. Sie sind entweder

A. im Besitz der Erbschaft. Hier können sie sich eines Retentionsrechts bedienen [58]); oder sie sind

B. nicht im Besitz. Hier stehen ihnen possessorische und petitorische Rechtsmittel zu Gebote. Der Pflichttheil ist nämlich ihnen entweder

1) erbeinsetzungsweise hinterlassen worden. Hier sind

a) possessorische Rechtsmittel das Interdictum quorum bonorum, und das Remedium ex L. fin. Cod. de

57) Von diesen Rechtsmitteln handeln WESTENBERG Diss. IV. de port. legit. cap. 4. *Io. Lud.* SCHMID Progr. de remediis iuris, quae liberis institutis propter legitimam competunt. *Ienae* 1773. HOFACKER T. II. §. 1718—1720.

58) *L. 21. C. famil. ercisc.* Eben so, wie dem Erben der Falcidischen sowohl als Trebellianischen Quarte wegen das Retentionsrecht zusteht. *L. 1. §. 9. D. ad L. Falcid. §. 7. I. de fideicomm. hered. L. 1. C. ad SCtum Trebell.*

de Edicto D. Adriani tollendo [59]). (*vid. Lib. XLIII. Tit. 2.*)

b) Petitorische Klagen, nämlich die Particular-Erbschaftsklage, wenn der Beklagte sich für den alleinigen Erben hält, und dem Notherben sein Recht auf den Pflichttheil bestreitet [60]), oder die Erbtheilungsklage (*actio familiae erciscundae*) wenn der Beklagte den Kläger zwar für einen Miterben anerkennt, allein wegen der Berechnung des Pflichttheils oder wegen der Theilung desselben zwischen den Partheyen ein Streit vorwaltet [61]).

2) Ist der Pflichttheil *titulo legati* oder durch einen andern speciellen Titel hinterlassen worden, so finden hier eben die Klagen statt, die den Legatarien zukommen, nämlich die rei vindicatio, actio personalis ex testamento, und actio hypothecaria [62]), oder das derselben entsprechende possessorische Rechtsmittel, interdictum Salvianum

59) S. Westphals syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente rc. Rechten und Pflichten des Erben, auch dessen possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln. 6. Th. §. 532. ff.

60) *L. 10. §. 1. D. de heredit. petit.* Westphals angef. Commentar §. 514. folgg. S. 328. ff.

61) *L. 2. pr. et §. 1. D. Famil. ercisc.* Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. 2. Th. 2. Abschn. §. 676. folgg.

62) LEYSER Vol. VI. Specim. CCCLXXXI. medit. 1. Anderer Meinung ist MANZ de legitima Qu. 56. nr. 7.

num utile [63]). Nach der Praxis auch hier das remedium ex L. fin. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo [64]).

II. Die Notherben sind zwar im Testament eingesetzt, allein es ist ihnen der Pflichttheil nicht in der gehörigen Quantität hinterlassen, sondern weniger ausgesetzt worden, als jener beträgt. In diesem Falle ist das Testament an sich nicht ungültig, und kann nicht angefochten werden, wenn ihnen auch noch so wenig zum Pflichttheile wäre hinterlassen worden, und wenn auch der Testirer ausdrücklich verordnet hätte, daß sie sich damit begnügen, und von dem übrigen Vermögen ausgeschlossen seyn sollten [65]); sondern dem verletzten Notherben steht hier blos die Ergänzungsklage, *condictio ex L. 30. C. de inoff. testam. actio suppletoria* oder *expletoria* zu, vermöge welcher er darauf klagen kann, daß ihm der Beklagte dasjenige, was an dem Pflichttheile fehlt, nach

63) §. 3. *I. de Interdict.* MERLIN de legitima. Lib. V. Tit. 4. Qu. 7.

64) LEYSER Specim. CCCLXXXI. medit. 4. sqq. REINHARTH Select. Observation. ad *Christinaei* Decisiones. Vol. IV. Obs. 35. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. Lib. XXX. §. 43. Der Theorie ist dies freylich nicht gemäß, wie *Gotfr.* MASCOV in Exercitat. iur. civ. ad L. ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo. *Harderovici* 1733. §. 13. und *Io. Pet. de* SPREKELSEN in Disp. de remedio ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo, *Goettingae* 1749. Cap. II. §. 13. gezeigt haben.

65) Anderer Meinung ist zwar *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. XIV. Err. 9. Er glaubt, es müsse in dem Falle die querela inofficiosi gebraucht werden, wenn der Notherbe von dem übrigen Vermögen des Testirers ausdrücklich ausgeschlossen worden sey. Allein ohne Grund, man sehe Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 608.

nach einem zu Recht beſtändigen Inventarium, oder einer eidlichen Specification von der Erbſchaft aushändigen ſolle [66]. Die Worte der Juſtinianeiſchen Conſtitution [67], worin dieſe Klage ihren Sitz hat, lauten ſo: Omnimodo teſtatorum voluntatibus proſpicientes magnam et innumerabilem occaſionem ſubvertendae eorum diſpoſitionis amputare cenſemus: et in certis caſibus, in quibus de inofficioſis defunctorum teſtamentis vel alio modo ſubvertendis moveri ſolebat actio, certa et ſtatuta lege tam mortuis conſulere, quam liberis eorum, vel aliis perſonis, quibus eadem actio competere poterat: *ut ſive adiiciatur in teſtamento de adimplenda legitima portione, ſive non, firmum quidem ſit teſtamentum, liceat vero his perſonis, quae teſtamentum quaſi inofficioſum, vel alio modo ſubvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima ſibi relictum eſt, ad adimplendam eam ſine ullo gravamine, vel mora exigere*: ſi tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos ſcilicet ingratos circa ſe fuiſſe teſtator dixerit. Nam ſi nullam eorum quaſi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare, et huiusmodi quaeſtionem introducere. Et haec quidem de his perſonis ſtatuimus, quarum mentionem teſtantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate, vel legato, vel fideicommiſſo, licet minorem legitima portione, reliquerint. Dieſe Klage ſetzt alſo

1) vor-

66) *Burckh.* BARDILI Diſp. de condictione ex lege ad ſupplementum legitimae. *Tubingae.* *1659.* und *Gabr.* SCHWEDER Diſſ. de condictione ex lege liberis ad ſupplementum legitimae competente. *Tub. 1696.*

67) *L. 30. pr. C. h. t.*

1) voraus, daß der Pflichttheil dem Kläger zwar debito modo, aber nicht in debita quantitate verlassen worden sey. Nun macht zwar das Gesetz keinen Unterschied, ob dem Notherben der ihm hinterlassene geringe Theil erbeinsetzungsweise, oder als ein Legat verlassen worden ist; allein nach der Nov. 115. Kap. 3. und 4. wird bey Eltern und Kindern erfordert, daß sie in dem geringen Theil zu Erben ernannt sind. Ist dieß geschehen, so kann immerhin in Absicht des Uebrigen eine Enterbung geschehen seyn, deswegen findet doch keine Querel wegen einer Lieblosigkeit Statt. Es kommt indessen darauf an, ob die Enterbung aus einer rechtmäsigen und in der Wahrheit gegründeten Ursache geschehen ist, oder nicht. In dem ersten Falle wird die Erfüllungsklage ganz wegfallen. In dem letzten Falle hingegen kann blos auf Erfüllung des Pflichttheils geklagt werden, die Inofficiositätsklage hingegen findet hier auch dann nicht einmal Statt, wenn sich gleich bey der Art der Enterbung eine Lieblosigkeit äußern sollte [68]. In Ansehung der Geschwister hingegen würde der geringe Theil, welcher ihnen titulo legati hinterlassen worden, eben so anzusehen seyn, als wenn sie darin zu Erben wären eingesetzt worden.

2) Die Erfüllungsklage findet noch Statt, wenn auch gleich die Annehmung des hinterlassenen geringen Theils ohne allen Vorbehalt geschehen wäre. Es muß sich nur der Notherbe nicht etwa deshalb mit dem eingesetzten Haupterben verglichen, und ausdrücklich erklärt haben, daß er mit dem, was er erhalten, zufrieden seyn wolle. Justinian

68) Westphal a. a. O. §. 608. S. 459. folg.

ſtinian [69]) ſagt ausdrücklich: Et generaliter definimus: quando pater minus legitima portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis cauſa donatione, vel inter vivos, ſub ea conditione, ut haec inter vivos donatio in quartam ei computetur: *ſi filius poſt obitum patris hoc, quod relictum vel donatum eſt, ſimpliciter agnoverit, forte et ſecuritatem heredibus fecerit, quod ei relictum vel datum eſt, accepiſſe, non adiiciens, nullam ſibi supereſſe de repletione quaeſtionem: nullum ſibi filium facere praeiudicium, ſed legitimam partem repleri*: niſi hoc ſpecialiter, ſive in apocha, ſive in transactione ſcripſerit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte, de eo, quod deeſt, nullam habeat quaeſtionem. Tunc enim, omni excluſa querela, paternum amplecti compelletur iudicium. *Quae omnis ſanctio ſuas radices extendat non ſolum ad filium vel filiam, ſed etiam ad omnes perſonas, quae de inofficioſo querelam contra mortuorum elogia poſſunt movere.* Hiermit ſtimmt auch die Praxis überein [70]).

3) Daß der Teſtirer die Erfüllung des Pflichttheils nicht ausdrücklich verordnet hat, ſchadet nichts. Nur nach dem ältern Rechte konnte in dieſem Falle die Inofficioſitätsklage angeſtellet werden. (§. 548. S. 111.) Allein Juſtinian

69) *L.* 35. §. 2. *C. de inoff. teſtam.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 69.

70) Struben rechtliche Bedenken. 4. Th. Bed. 96. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. II. Obſ. 86. §. 4. WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. III. P. IV. Obſ. 9. *de* LUDOLF Obſervat. for. Obſ. 372. in Supp. pag. 347.

stinian hat auch dieses geändert. Sin vero, sagt er[71]), quantacunque pars hereditatis, vel res eis fuerit relicta; *de inofficioso querela quiescente*, id, quod eis deest, usque ad quartam legitimae partis repleatur: *licet non fuerit adiectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.* Man behauptet jedoch, daß in dem Falle, da der Testator ausdrücklich verordnet hat, daß dem Notherben das ihm etwa noch an seinem Pflichttheile Fehlende zugelegt werden möchte, auch die *actio personalis ex testamento* Statt finde[72]).

4) Die Ergänzungsklage wird wider den Miterben angestellt, durch dessen Einsetzung der Kläger im Pflichttheile verletzt worden ist. Auch dieß sagt Justinian ausdrücklich: Praecipimus, heißt es in der Nov. 115. Kap. 5. ut, quod minus legitima portione eis relictum est, hoc secundum alias nostras leges *ab heredibus* expleatur. Mehrere Rechtsgelehrte[73]) wollen zwar behaupten, sie könne auch gegen die Vermächtnißnehmer, ja zur Noth auch gegen einen Dritten, welcher von dem Vermögen des Testirers, wovon dem Kläger der Pflichttheil gebührt, etwas besitzt, angestellet werden; und halten diese Klage für eine actio in rem scripta. Allein Voet[74]) hat diese Meinung

71) §. 3. *I. h. t.* Vid. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 4. Cod. Theod. h. t. Tom. I. pag. 204.

72) VINNIUS Comm. ad §. 3. I. h. t. nr. 4. SCHMIDT cit. Progr. §. 7.

73) BARDILI cit. Diss §. 30. SCHWEDER Diss. alleg. §. 4. MERLINUS de legitima Lib. V. Tit. 4. Qu. 6. SCHMIDT cit. Progr. §. 6. und im Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 551.

74) Commentar. ad Pand. h. t. §. 70.

nung ausführlich widerlegt, und gezeigt, daß sie eine blose Personalklage sey. Dieser Meinung stimmen auch Just. Henn. Böhmer [75]) und Hofacker [76]) bey.

5) Die Ergänzungsklage geht ohne Unterschied auf die Erben über, ohne daß es deshalb einer besondern Agnition oder Präparation bedarf [77]).

6) Sie dauert, nach der Regel der persönlichen Klagen, dreyßig Jahre. Dies ist wenigstens nach dem heutigen Gerichtsgebrauche keinem Zweifel unterworfen [78]). In der Theorie hingegen ist es streitig. Verschiedene Rechtsgelehrte [79]) wollen nämlich behaupten, daß die suppletorische Klage schon in fünf Jahren erlösche. Diese Meinung

K 2 grün-

75) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. III. §. 40.

76) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1719.

77) *L. 34. in fin. C. h. t.* BARDILI cit. Diss. §. 27. VINNIUS Comment. ad §. 3. I. h. t. nr. 4.

78) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XIV. §. 29. FABER Cod. definition. for. Lib. III. Tit. XIX. definit. 7. GAIL practic. Observation. Lib. II. Obs. 120. nr. 7. BERLICH Conclus. pract. P. III. Concl. XIII. nr. 33. BARDILI cit. Diss. §. 43. BOEHMER de action. c. l. STRUV Exerc. X. Th. 31. MÜLLER ad *Eundem* c. l. not. γ. Struben rechtliche Bedenken. 4. Th. Bed. 96. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1187. Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 553. S. 394. Thibaut über Besitz und Verjährung §. 48. S. 130. HOFACKER T. II. §. 1719. in fine.

79) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 20. *Iac.* VOORDA Elector. cap. XI. und Ebenderselbe in Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. III. cap. 7. DORN singular. querelae testamenti inoff. capita. *Kiel.* 1740. §. 20.

gründet sich auf die letztern Worte der *L.* 34. *Cod. h. t.* wo Justinian sagt: Et si non heres apertissimis probationibus ostenderit, ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse; testamento remoto, ab intestato vocari, *nisi certa quantitas patri eius minor parte legitima relicta est*: tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem, *repletio quartae partis nepoti superest*, si qua patri eius competebat, ut perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi pater adhuc superstes vel repudiavit querelam, vel *quinquennio* tacuit, scilicet post aditam hereditatem. Justinian entscheidet hier den Fall, da der enterbte Sohn während der Zeit, als der ernannte Erbe sich wegen der Antretung der Erbschaft noch besann, stirbt, ohne wegen der Querel einige Zubereitung gemacht oder Aeusserungen gethan zu haben, und einen Enkel hinterläßt. Nach dem ältern Rechte rückte der Enkel nicht in die Querel nach seines Vaters Tode ein. Auch die Lex Iunia Velleja half ihm hier nichts, weil dieses Gesetz erforderte, daß der Sohn bey Lebzeiten des Vaters starb, wenn der Enkel einrücken sollte. Der Enkel hatte also keine Klage. Allein Justinian will, daß in diesem Falle der Enkel dieselben Rechte haben solle, welche der Sohn hatte. Er soll also mit voller Wirkung die Querel anstellen können, wenn gleich von dem enterbten Sohne keine Zubereitung zu dieser Klage bey dessen Lebzeiten geschehen war, es wäre denn, daß dem letztern eine gewisse Summe hinterlassen worden, die jedoch weniger als der Pflichttheil betrüge. In diesem Falle soll der Enkel, so weit dem Vater deshalb noch eine Klage zustand, blos auf Ergänzung des Pflichttheils klagen können. Nun ist die Frage, ob die

Wor-

Worte: *nisi pater adhuc superstes* etc. — vel *quinquennio tacuit*, scilicet *post aditam hereditatem*, auf die Ergänzungsklage oder auf die Inofficiositätsklage sich beziehen? Für das Erstere lassen sich sehr wichtige Gründe anführen. Erstens spricht der ganze Zusammenhang für diese Erklärung. Denn unmittelbar vorher ist von der Ergänzungsklage die Rede. Zweytens passen diese Ausnahmen gar nicht auf die Inofficiositätsklage, wenn man sie mit dem Falle vergleicht, der in dem Gesetz entschieden wird. Denn man kann sich der Klage doch nicht eher begeben, sie kann auch nicht eher verjähren, als bis eine rechtliche Möglichkeit zur Anstellung derselben vorhanden war. Nun ist die Inofficiositätsklage nicht eher nata, als bis der Erbe die Erbschaft angetreten hat [80]). Und doch wird hier der Fall vorausgesetzt, da der Enterbte während der Deliberationszeit gestorben, und also ehe noch der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hatte. Wie reimt sich das zusammen? Hierzu kommt drittens, daß wenn man die letztern Worte: *scilicet post aditam hereditatem*, von der Inofficiositätsklage verstehen wollte, **Justinian** hier etwas schon verordnet hätte, was er in einer, ein Jahr später, erfolgten Constitution, nämlich *L.* 36. *C. h. t.* vom Jahr 531, allererst verordnet hat, nämlich daß diese Klage gegen den ernannten Erben nicht eher angestellt werden könne, als bis dieser die Erbschaft angetreten hat; wodurch **Justinian** den Streit zwischen **Ulpian** und **Modestin** entschied. Daß übrigens die Benennung *querela* auch von der suppletorischen Klage gebraucht wird, ist keinem Zweifel unterworfen. Man erinnere sich an die oben aus der *L.* 35.

80) *L.* 8. §. 10. *D. h. t.*

§. 2. *C. h. t.* angeführten Worte: Tunc enim, *omni exclusa querela*, paternum amplecti compelletur iudicium.

So scheinbar indessen diese Gründe sind, so läßt sich doch noch manches dagegen einwenden, und zur Unterstützung der entgegen gesetzten Erklärung anführen. Denn es war doch immer, wie Westenberg [81]) sehr richtig bemerkt, die Hauptfrage von der Transmission der Inofficiositätsklage, welche Justinian hier entschied. Der suppletorischen Klage geschieht nur beyläufig Erwähnung. Es ist also schon darum der Intention des Gesetzgebers gemäßer, die oben bemerkten Worte; *nisi pater etc.* von der Inofficiositätsklage zu verstehen, zumal da die unmittelbar vorhergehenden Worte: *ut perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus;* sich ohne Zweifel darauf beziehen, daß der Enkel vor Justinian nicht in die Querel nach des Vaters Tode einrückte, wie Westphal [82]) sehr gründlich erinnert hat. Soviel hiernächst den von der rechtlichen Unmöglichkeit einer Begebung oder Verjährung der Klage, so lange die Erbschaft noch nicht angetreten ist, hergenommenen Grund anbetrift; so steht derselbe der entgegengesetzten Meinung eben so gut entgegen, denn auch die suppletorische Condiction kann nicht eher durch Präscription erlöschen, als post aditam hereditatem. Denn nun ist sie erst nata. Die Verjährung einer Klage fängt aber erst von dem Augenblicke an, da eine rechtliche Möglichkeit zur Anstel-

81) Diss. IV. de portione legitima Cap. IV. §. 12. pag. 52.

82) Theorie des R. R. von Testamenten §. 1029. S. 764.

Anstellung derselben vorhanden war [83]). Es liegt also in den mehr besagten Worten auf jeden Fall eine Schwierigkeit, und sie lassen sich mit dem im Gesetz entschiedenen Falle, wenn der enterbte Sohn während der Zeit stirbt, da der eingesetzte Erbe deliberirt, nicht vereinigen, man mag sie von der suppletorischen, oder der Inofficiositätsklage verstehen; und es bleibt uns daher nichts übrig, als mit **Anton Faber** [84]) anzunehmen, die Constitution sey genereller, und erstrecke sich weiter, als auf den im Gesetz entschiedenen Fall, welcher blos zu dieser Constitution die Veranlassung gegeben hat. Sie soll also, nach den beygefügten Ausnahmen zu urtheilen, auf alle Fälle gehen, in quibus decesserit filius exheredatus, wie **Faber** sagt, sive ante sive post aditam ab extraneo hereditatem. Sodann schadet es gar nichts, wenn **Justinian** schon vorläufig in dieser Constitution, obgleich nur gleichsam im Vorbeygehen, sagt, daß der Lauf des Quinquenniums bey der Inofficiositätsklage erst **nach geschehener Antretung der Erbschaft** seinen Anfang nehme. Deswegen konnte er doch nachher, um den Streit zwischen **Ulpian** und **Modestin** zu entscheiden, eine besondere Constitution darüber machen, und darin festsetzen, daß der Zeitraum von fünf Jahren, nach dessen Ablauf die querela inofficiosi erlöscht, erst von der Zeit an gerechnet werden solle, da der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat. Aliud est, sagt **Püttmann** [85]) sehr richtig, quasi

83) *L. 7. §. 4. C. de praescr. 30. annor.* **Thibaut** über Besitz und Verjährung §. 43 S. 122.

84) De erroribus Pragmaticor. P. II. Decad. XXIX. Err. 5. p. 179. (Edit. *Lugdun.* 1604. 4.)

85) Inrerpretation. et Observation. iur. Rom. lib. sing. Cap. XXX. pag. 153.

quasi in transitu rei cuiusdam mentionem facere, aliud data opera sancire, quid in posterum valere debeat. Prius fecit Imperator in *L.* 34. *C. de inoff. testam.* posterius in *L.* 36. *eodem.* Ich will gar nicht erwähnen, daß der Grund der kurzen Dauer, auf welche die Inofficiositätsklage beschränkt ist, auf die weit mehr begünstigte suppletorische Klage schlechterdings nicht paßt, ich werde davon an einem andern Orte dieses Titels (§. 559.) handeln. Daß aber unter dem Wort *querela* die Inofficiositätsklage zu verstehen sey, bestärken die Basiliken[86]), welche das Wort *μέμψις* gebrauchen, wodurch sie immer die querelam inofficiosi bezeichnen. Mit dieser Erklärung stimmen auch **Hunnius**[87]), **Voet**[88]), **Finestres**[89]), **Cocceji**[90]) und die Gebr. **Overbeck**[91]) überein.

Uebrigens ist noch im Allgemeinen zu bemerken, daß bey den Klagen, die den Notherben des Pflichttheils wegen zustehen, die Verurtheilung des Beklagten eine Strafe nach sich zieht, welche darin besteht, daß er dem Kläger ausser dem

86) *Basilicor.* Tom. V. pag. 215. wo die letztern Worte der *L.* 34. *C. cit.* so ins Griechische übersetzt sind: *ἐι δὲ ὁ πατὴρ αὐτȣ̃ ἔτι περιὼν παρητήσατο προφανῶς την κατὰ τῆς διαθήκης μεμψιν, ἢ τῇ παραδρομῇ τῆς πενταετίας ἀπεκλείσθη, ȣ̓κέτι βοηθεῖται ȣ̃τος ὁ ἔγγονος.. Sed si pater eius adhuc superstes palam repudiaverit querelam, vel quinquennii cursu exclusus sit, non est, quo succurri nepoti possit.*

87) Var. resolution. iuris civ. Lib. II. Tract VII. Qu. 16.

88) Commentar. ad Pand. h. t. §. 68.

89) Praelect. ad h. Tit. Cap. VIII. §. 5.

90) Iur. civ. controv. Tom. I. h. t. Qu. 35.

91) Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 4. Band. Medit. 192.

dem ihm gebührenden Pflichttheile noch den dritten Theil desjenigen, was dem Notherben im Testament hinterlassen worden ist, zur Strafe zu bezahlen condemnirt werden kann [91]).

III. Die Notherben sind durch allerley beschwerende Verfügungen und Veräusserungen in ihrem Pflichttheile verkürzt, oder ganz darum gebracht worden. Hier lassen sich folgende Fälle gedenken.

A. Der Notherbe ist zwar zum Erben eingesetzt, allein mit Vermächtnissen oder Fideicommissen so beschwert, daß ihm nach Abzug derselben wenig oder nichts von der Erbschaft übrig bleibt. Deswegen kann das Testament an sich nicht angefochten werden, wie Paulus [92]) ausdrücklich sagt: Cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet falcidiam. Nach dem Rechte der Pandecten mußte sich also der beschwerte Notherbe mit der Falcidischen Quarte begnügen, welche den Pflichttheil absorbirte. Allein da nach der Nov. 18. Kap. 1. der Pflichttheil mehr beträgt, so würde der Notherbe sehr zu kurz kommen, wenn er mehr nicht, als die Falcidie bekäme. Nach dem neuern Rechte kann also der Notherbe den Pflichttheil inne behalten, und den Legatarien so viel abziehen, als sein Pflichttheil beträgt. Dieses Retentionsrecht kann ihm aber freylich nur denn zu statten kommen, wenn er sich in dem Besitz der Erbschaft befindet. Außer

 dem

91) *L.* 33. *pr. C. h. t.* WESTENBERG Diss. IV. de port. legit. Cap. IV. §. 15. will zwar behaupten, die Strafe finde h. z. T. nicht mehr Statt. Allein man sehe *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Consil. XL. Qu. 1. nr. 10. pag. 471.

92) *L.* 8. §. 9. *D. h. t.*

§. 2. *C. h. t.* angeführten Worte: Tunc enim, *omni exclusa querela*, paternum amplecti compelletur iudicium.

So scheinbar indessen diese Gründe sind, so läßt sich doch noch manches dagegen einwenden, und zur Unterstützung der entgegen gesetzten Erklärung anführen. Denn es war doch immer, wie **Westenberg**[81]) sehr richtig bemerkt, die Hauptfrage von der Transmission der Inofficiositätsklage, welche **Justinian** hier entschied. Der suppletorischen Klage geschieht nur beyläufig Erwähnung. Es ist also schon darum der Intention des Gesetzgebers gemäßer, die oben bemerkten Worte; *nisi pater etc.* von der Inofficiositätsklage zu verstehen, zumal da die unmittelbar vorhergehenden Worte: *ut perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus;* sich ohne Zweifel darauf beziehen, daß der Enkel vor **Justinian** nicht in die Querel nach des Vaters Tode einrückte, wie **Westphal**[82]) sehr gründlich erinnert hat. Soviel hiernächst den von der rechtlichen Unmöglichkeit einer Begebung oder Verjährung der Klage, so lange die Erbschaft noch nicht angetreten ist, hergenommenen Grund anbetrift; so steht derselbe der entgegengesetzten Meinung eben so gut entgegen, denn auch die suppletorische Condiction kann nicht eher durch Präscription erlöschen, als post aditam hereditatem. Denn nun ist sie erst nata. Die Verjährung einer Klage fängt aber erst von dem Augenblicke an, da eine rechtliche Möglichkeit zur Anstel-

81) Diss. IV. de portione legitima Cap. IV. §. 12. pag. 52.

82) Theorie des R. R. von Testamenten §. 1029. S. 764.

Anstellung derselben vorhanden war [83]). Es liegt also in den mehr besagten Worten auf jeden Fall eine Schwierigkeit, und sie lassen sich mit dem im Gesetz entschiedenen Falle, wenn der enterbte Sohn während der Zeit stirbt, da der eingesetzte Erbe deliberirt, nicht vereinigen, man mag sie von der suppletorischen, oder der Inofficiositätsklage verstehen; und es bleibt uns daher nichts übrig, als mit Anton Faber [84]) anzunehmen, die Constitution sey genereller, und erstrecke sich weiter, als auf den im Gesetz entschiedenen Fall, welcher blos zu dieser Constitution die Veranlassung gegeben hat. Sie soll also, nach den beygefügten Ausnahmen zu urtheilen, auf alle Fälle gehen, in quibus decesserit filius exheredatus, wie Faber sagt, sive ante sive post aditam ab extraneo hereditatem. Sodann schadet es gar nichts, wenn Justinian schon vorläufig in dieser Constitution, obgleich nur gleichsam im Vorbeygehen, sagt, daß der Lauf des Quinquenniums bey der Inofficiositätsklage erst nach geschehener Antretung der Erbschaft seinen Anfang nehme. Deswegen konnte er doch nachher, um den Streit zwischen Ulpian und Modestin zu entscheiden, eine besondere Constitution darüber machen, und darin festsetzen, daß der Zeitraum von fünf Jahren, nach dessen Ablauf die querela inofficiosi erlöscht, erst von der Zeit an gerechnet werden solle, da der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat. Aliud est, sagt Püttmann [85]) sehr richtig, quasi

83) *L. 7. §. 4. C. de praescr. 30. annor.* Thibaut über Besitz und Verjährung §. 43 S. 122.

84) De erroribus Pragmaticor. P. II. Decad. XXIX. Err. 5. p. 179. (Edit. *Lugdun.* 1604. 4.)

85) Interpretation. et Observation. iur. Rom. lib. sing. Cap. XXX. pag. 153.

Pflichttheile, auch die Trebellianische Quarte abzuziehen berechtiget seyen [98]).

B. Der Testirer oder Erblasser hat sein Vermögen durch allerley Veräußerungen unter den Lebendigen oder von Todes wegen vermindert, und dadurch die Notherben im Pflichttheile verletzt. Diese den Pflichttheil verkürzende Veräußerungen können von zweyerley Art seyn. Sie können

1) solche seyn, welche *titulo gratuito* geschehen sind. Dahin gehören

a) Schenkungen, und zwar

α) unter den Lebendigen. Hier steht den Notherben, denen durch solche Schenkungen entweder der ganze Pflichttheil auf eine lieblose Art entzogen, oder geschmälert worden ist (donationes inofficiosae), die querela inofficiosae donationis [99]) zu, welche der Kaiser **Alexander Severus** [100]) nach dem Beyspiel und der Analogie der Inofficio-

98) Man vergleiche noch Griesingers Commentar über das Wirtembergische Landrecht. 6 Band. S. 369.

99) LAUTERBACH Disquisit. de donatione inofficiosa. *Tub.* 1655. FRIES Diss. de querela inofficiosae donationis. *Ien.* 1715. BYLEVELD Specim. de inofficiosis donationibus, Praes. *Dion. God. van der* KEESEL, *Lugduni Batavor.* 1774. def. *Christ.* RAU Diss. de querela inofficiosae donationis. *Lipsiae* 1775. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de querela inofficiosae donationis fratrum. *Goettingae* 1751. WESTENBERG Diss. IX. de causis obligationum. Cap. IV. Tom. I. *Opper.* pag. 172.

100) *L. 87. §. 3. D. de legat. II.* CUJACIUS in Paratitl. ad Codic. Tom. II. Opp. prior. a *Fabrotto* editor. pag. 90. PEREZ Prae-

officiositätsklage zu ihren Besten eingeführt hat. Nach der Strenge des alten Rechts konnten Schenkungen unter den Lebendigen wegen Verletzung des Pflichttheils nicht angefochten werden, weil sich zur Zeit der gemachten Schenkungen, und also beym Leben des Donators, noch kein Pflichttheil denken ließ. (S. 97.) Daher geschahe es nicht selten, daß Eltern, welche ihre Kinder zu enterben, keine Ursache hatten, und ihnen doch ihr Vermögen entziehen wollten, dieselben zwar im Testament zu Erben einsetzten, aber ihr Vermögen bey ihrem Leben durch unmäßige Schenkungen dergestalt erschöpften, daß den Kindern nichts als der leere Name der Erben übrig blieb. Hier hatte nun freylich die Inofficiositätsklage nicht statt, so lieblos auch das ganze Verfahren solcher Eltern war. Denn diese Klage entkräftet keine Schenkungen unter den Lebendigen [1]). Weil es aber doch höchst unbillig war, daß man das durch solche Schenkungen zu erhalten suchte, was durch eine letzte Willensverordnung zu thun verboten war, so wurde aus Veranlassung eines deshalb von dem Praefectus Urbi, **Claudianus Julianus** erstatteten Berichts nach dem Beyspiel der Inofficiositätsklage eine querela inofficiosae donationis eingeführt. Die Worte des hierauf ergangenen Rescripts des Kaisers **Severus** lauten, so wie sie uns **Paulus** am angeführten Orte aufbehalten hat, folgendergestalt: *Si liquet tibi, Iuliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi querelae patrimonium suum donationibus in nepotem factis*

Praelect. ad Cod. Tit. de inoff. donat. nr. 1. *Ant.* FABER Conjectur. Iur. civ. Lib. III. cap. 17. und besonders RAU cit. Dissertat. §. 2.

1) *L. 11. D. h. t.*

factis exinanisse: ratio deposcit, id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari. Sie betraf also anfänglich nur den Fall der Testaments-Succeßion, auch die bald nach jenem Rescript des Kaisers **Alexander Severus** erfolgte Verordnung des Kaisers **Philippus**[2]) enthält noch einen bloßen Testamentsfall. Allein durch eine Verordnung der Kaiser **Valerianus** und **Gallienus**[3]) wurde diese neue Querel nachher aus gleichem Grunde der Billigkeit auch auf den Fall der Intestaterbfolge ausgedehnt[4]). Precibus quidem tuis proposita Rescripta eos parentes denotant, qui (cum) *testamento facto* vivi patrimonium suum immensis donationibus exinanissent, inane nomen heredum liberis reliquerunt: *sed ad intestatos quoque eadem ratio aequitatis extenditur.* So lautet diese Constitution wörtlich.

Ob mit dieser Querel die lieblose Schenkung ganz, oder nur in so weit umgestossen werde, als der Kläger dadurch im Pflichttheile verletzt worden ist, ist eine sehr bestrittene Rechtsfrage. Das erstere hat vorzüglich **Anton Faber**[5]) zwar sehr gelehrt und scharfsinnig, aber doch nicht überzeugend, darzuthun gesucht. Doch hat er berühmte Anhänger an **Christian Thomasius**[6]), **Just. Henning Böh-**

2) *L.* 1. *Cod. de inoff. donation.*

3) *L.* 3. *C. eodem.*

4) S. *Ios. Fernandez de* RETES acad. Relect. de donationibus. Cap. VIII. §. 13. et 14. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. p. 587.) und **Westphals** Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 423.

5) Coniectur. iuris civ. Lib. III. cap. 17.

6) Diss. de legitima viventis. Cap. 3.

Böhmer[7]) und Georg Ludwig Böhmer[8]) gefunden. Diese Meinung hat auch den Beyfall der Praxis erhalten[9]). Allein der Schluß von der querela inofficiosi testamenti, so richtig er auch in andern Fällen ist, gilt hier offenbar nicht. Man beruft sich zwar auf die Verordnung des Kaisers Constantius[10]) in welcher es heißt: Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum *omnibus* querela *ad similitudinem inofficiosi testamenti* legibus fuerit introducta: ut sit in hoc *actionis utriusque* vel *una causa*, vel *similis* existimanda, vel idem et temporibus et moribus. Nach dieser deutlichen Verordnung solle also die querela inofficiosae donationis durchgehends (denn statt *omnibus*, sagt Anton Faber, müsse man *in omnibus* lesen) mit der querela inofficiosi testamenti gleichen Schritt halten. Allein dieser Beweis verliert nicht wenig von seinem Gewicht

7) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. III. §. 43. et 44.

8) Diss. de querela inoff. donat. fratrum §. 18.

9) PUFENDORF Observat. iur univ. Tom. III. Obs. 23. §. 4. et. 5. Struben rechtliche Bedenken. 5. Th. Bed. 125. WINCKLER in Addit. ad *Bergeri* Oecon. iuris. Lib. II. Tit. II. Th. 29. in fin. [*.*] pag. 301. (Edit. noviss. *Haubold.*) Ge. Lud. Böhmer auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 2. Abth. Decis. 88. nr. 6. Höpfner theor. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 412. S. 433. Es wird jedoch nach diesem Gerichtsgebrauche vorausgesetzt, daß das ganze Vermögen zum Nachtheil der Notherben von dem Erblasser, unter den Lebendigen verschenkt worden sey, weil in diesem Falle die Schenkung eine wahre Präterition der Notherben enthalte, oder einer Enterbung gleich zu achten sey.

10) *L. fin. Cod. de inoff. donat.*

Gewicht dadurch, daß in dem Theodosianischen Codex [11]) statt omnibus richtiger *omnis* gelesen wird, welches also nun nichts anders heißt, als quaecunque querela immodicarum donationum. Andere unterscheiden daher, ob die lieblose Schenkung an eine solche Person geschehen ist, welcher ebenfalls der Pflichttheil gebührt, oder ob das Vermögen von dem Erblasser an einen Fremden verschenkt worden sey. In dem ersten Falle könne der verletzte Notherbe nur soviel, als sein Pflichttheil beträgt, von der Schenkung zurückfordern, in dem letztern aber könne die ganze Schenkung umgestossen werden. So distinguiren Retes [12]), Gothofredus [13]); Janus a Costa [14]) und unter den neuern Schmidt [15]). Noch andere glauben mit Hugolinus, daß es darauf ankomme, ob der Erblasser bey der gemachten Schenkung die pflichtwidrige Absicht gehabt habe, seinen Notherben zu schaden, oder nicht. In dem ersten Falle könne die ganze Schenkung revocirt, in dem letztern aber nur soviel mittelst der Querel gefordert werden, als zum Pflichttheil oder zur Ergänzung desselben gehört; welcher Meinung besonders Berger [16]), und unter den ältern Perez [17]) ist. Allein nach

11) Tom. I. Lib. II. Tit. 20. et ad Eundem *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. pap. 210

12) De donationib. cap. VIII. §. 15. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 588.

13) Commentar. ad L. un. Cod. Theod. de inoff. donation. Tom. I. pag. 211.

14) Comm. ad §. 3. I. de inoff. testam.

15) Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 557. not. I. S. 397. der neuesten Weberschen Ausgabe.

16) Oecon. iur. Lib. II. Tit. 2. Th. 29.

17) Praelect. in Cod. Tit. de inoff. donation. nr. 5.

nach der theoretisch richtigern Meinung wird durch die Querel nie die ganze Schenkung umgeworfen, sondern sie kann in jedem Falle immer nur insoweit revocirt werden, als der Pflichttheil dadurch verletzt worden ist. Diese Meinung hat auch die Auctorität der meisten Rechtsgelehrten [18]) für sich, und beruhet auf klarer Verordnung der Gesetze. Ich will hier nur einige der vorzüglichsten Beweisstellen anführen. Hierher gehört erstens:

L. 2. Cod. de inoff. donat.

Impp. VALERIANUS et GALLIENUS AA. *Acriae.*
Si pater omne patrimonium suum impetu quodam immensae liberalitatis in filium effudit, aut in potestate eius is permansit: et arbitri familiae erciscundae officio congruit, *ut tibi quartam partem debitae ab intestato portionis*

18) DONELLUS in Commentar. Iur. civ. Lib. XIX. cap. 11. p. 1107. (edit. *Francof. 1626. f.*) BACHOV. ad *Treutlerum.* Vol. II. Disput. XIX. Th. 7. lit. H. VOET Comm. ad Pand. Lib XXXIX. Tit. 5. § 37. VINNIUS select. iur. quaestion. Lib II cap. 33. WESTENBERG Diss. IV. de portione legit. cap III. §. 3. seqq. et Diss. IX. de caussis obligationum cap IV. §. 5. et 6. LAUTERBACH cit. Diss. §. 29. *Christ. Frid.* SCHORCHT Comm. de donatione inofficiosa pro parte legitimae rescindenda. *Ienae* 1778. RAU cit. Diss. §. 8. WALCH Controv. iur. civ. pag. 474. Westphal von Testamenten §. 415—424. Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 1108. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1000. nr. IV. HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. pag. 301. not. t. THIES Diss. de querela inofficiosae donationis non nisi ad legitimam ex rebus donatis revocandam competente. *Goettingae 1792.* MALBLANC Princip. iur. Rom. sec. ord. Digestor. Part. II. Sect. ult. §. 790. nr. I. pag. 1059.

tionis praestet incolumem: aut si emancipatus is fuit, et quia donatio non indiget alieno adminiculo, sed suis viribus nititur juxta constitutiones, is, qui provinciam regit, ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae, auxilium tibi aequitatis impertiet.

Ein Vater hatte aus allzugrosser Liebe und unzeitiger Freygebigkeit sein ganzes Vermögen an seinen Sohn verschenkt, und dadurch seiner Tochter den Pflichttheil entzogen. Hier kam es auf zwey Fragen an; 1) was stellt die verletzte Tochter gegen ihren beschenkten Bruder für eine Klage an? und 2) worauf geht die Klage? Beyde Fragen entscheiden die Kaiser so, daß sie einen Unterschied machen, ob der beschenkte Sohn in der väterlichen Gewalt des verstorbenen Donators geblieben, oder noch bey dessen Leben emancipirt worden sey. Im erstern Falle müsse sich die verletzte Tochter gegen ihren Bruder der Erbtheilungsklage bedienen. Die wegen einer lieblosen Schenkung sonst zuständige Querel fand hier nicht Statt, weil dieselbe immer eine an sich gültige Schenkung voraussetzt. Nun aber waren Schenkungen der Väter an nicht emancipirte Kinder vor Justinian dergestalt nichtig, daß sie auch nicht einmal durch den Tod des Vaters bestätiget wurden [19]). Hatte indessen der Vater die Schenkung bey seinem Leben nicht widerrufen, so konnte die geschenkte Sache dem Sohn durch den Theilungsrichter als ein Voraus zuerkannt werden.

19) *L. 1. §. 1. D. pro donato. Si pater filio, quem in potestate* habet; *donet*, deinde *decedat*: filius pro donato non capiet usu: *quoniam nulla donatio est.* Add. *L. 2. §. 2. D. pro herede. L. 11. L. 17. Cod. de donation. L. 13. Cod. de collation.* S. *Ios.* AVERANIUS Interpretation. Iuris Lib. IV. cap. 23. nr. 20.

den [20]). Erst durch dieses arbitrium dividundae hereditatis ward die Schenkung bestätigt, so daß nun erst der beschenkte Sohn ein Eigenthum an den ihm geschenkten Sachen erwerben konnte [21]). Denn man sahe die Schenkung als eine bloße destinatio paternae voluntatis an, wie es in einer gewissen Verordnung der Kaiser **Diocletian** und **Maximian** [22]) heißt, das ist, es ward so angesehen, als ob der Vater einen letzten Willen gemacht hätte, wo nach

 dem

20) *L. 2 Cod. Gregor. Familiae erc̄isc.* (bey *Ant.* SCHULTING in *Iurisprud. Antejustin.* pag. 695.) wo eben dieselben Kaiser **Valerianus** und **Gallienus** an einen gewissen *Antonius Potitus* folgendermassen rescribiren: Si domum, cuius meministi, pater tuus, cum *in potestate* eius ageres, nomine tuo *donandi animo* comparavit, iure quidem non subsistere donationem scire debuisti. Verum si in extremum fati diem pater eadem animi destinatione duravit, *iudicium eius, juxta formam constitutam, esse servandum*, indubitati iuris est. Noch deutlicher ist die *L.* 18. *Cod. Iustin. eodem.* Filiae, cuius nomine pater res comparavit, si non postea contrarium eius iudicium probetur, *per arbitrium dividundae hereditatis praecipuas adiudicari*, saepe rescriptum est.

21) S. *Ant.* SCHULTING ad *Pauli* Sentent. Recept. Lib. V. Tit. XI. §. 3. not. 9. (*in Iurisprud. Antejustin.* pag. 473.) *Iac.* VOORDA Elector. libr. sing. cap. 13. und **Westphals** System der Lehre von den einzeln Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage §. 756.

22) *L. 11. C. de donation.* Cum de bonis tuis partem quidem penes te retinuisse, partem vero in eum, quem in potestate habes, donationis titulo contulisse commemores: non est incerti iuris, *in eum, qui in sacris familiae tuae remanet, destinatione magis paternae voluntatis factam, quam perfectam donationem pervenisse.*

dem aus den Umständen sich ergebenden Willen des Erblassers die Theilung zu machen sey [23]). Der Sohn konnte also hier nicht abstiniren, sondern er mußte, wenn er die Schenkung aufrecht erhalten wissen wollte, sich auf die Klage einlassen, und an der Erbtheilung Antheil nehmen [24]). Weil jedoch der Vater sein ganzes Vermögen an den Sohn verschenkt hatte, so konnte ihm freylich nicht die ganze Schenkung zugesprochen werden, sondern es war dem Amte des Erbtheilungsrichters und der Billigkeit gemäß, der klagenden Tochter wenigstens den Pflichttheil (*quartam partem debitae ab intestato portionis*) [25]) zuzusprechen [26]).

In

23) Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 418.

24) Da hier die dem Sohn gemachte Schenkung an sich nichtig war, so mußten ohnedem die verschenkten Güter als solche betrachtet werden, *quae in bonis manserint, adeoque et in hereditate patris inveniantur*, wie DONELLUS c. l. pag. 1109. sagt, und also schon darum zur Theilung kommen. Doch mußte auch auf den Willen des Vaters, so weit es die Billigkeit erlaubte, Rücksicht genommen werden. *L. 20. §. 3. D. fam. ercisc.*

25) Man findet hier zugleich einen neuen Beweis für die oben §. 544. vertheidigte Meinung, daß der Pflichttheil immer nur ein Theil der Intestatportion sey.

26) Hierauf zielt die der oben angeführten *L. 2. Cod. Gregor. de famil. ercisc.* von Ant. Schulting aus dem Breviario Alariciano beygefügte westgothische Interpretation, in welcher es heißt: *Quod si maior fuerit ista donatio, quae nomine filiifamilias facta est, ut omnis facultas patris quartam eius rei, quam filius donatam accepit, implere non possit, reliquis filiis de hac ipsa donatione Falcidia suppleatur.* S. SCHULTING ad h. Interpret. not. 11. (in *Iurispr. Antejust.* p. 695.)

In dem andern Falle hingegen, da der beschenkte Sohn noch bey Lebzeiten des Vaters **emancipirt** worden ist, war die ihm gemachte Schenkung an sich nicht ungültig. Sie hatte ihre Perfection dadurch erhalten, daß sie der Vater bey der Emancipation nicht ausdrücklich widerrufen hatte[27]; oder sie war gleich Anfangs gültig, wenn der Sohn zur Zeit der ihm gemachten Schenkung schon emancipirt gewesen[28]; und bedurfte also jener Bestätigung durch den arbitrum familiae erciscundae nicht. Dieß ist der Sinn der Worte: non indiget *alieno adminiculo*, sed *suis viribus nititur* iuxta constitutiones. Der emancipirte Sohn konnte daher die väterliche Erbschaft ausschlagen, und dadurch der Collation entgehen. Gegen diesen mußte also die verletzte Tochter die querelam inofficiosae donationis anstellen. Diese wird hier *auxilium aequitatis* genennt. Und worauf gieng diese Klage? Dieß haben nun zwar die Kaiser nicht ausdrücklich bestimmt. Allein aus den Worten: *ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae*, als welche nur **das Recht zu klagen**, oder die **Form der Klage** andeuten, läßt sich mit **Anton Faber** noch keinesweges schließen, daß in diesem Falle die **ganze Schenkung** habe umgeworffen werden können. Gewiß, wenn irgends die ganze Schenkung umzustoßen gewesen wäre, so wäre in jenem ersten Falle eher Grund dazu vorhanden gewesen, als in dem letztern, wie **Vinnius** sehr gründlich gegen **Faber** erinnert hat. Die Wirkung der Klage konnte also hier vernünftigerweise keine andere seyn, als in jenem ersten Falle, weil es nur darauf abgesehen war, **die** der Toch-

 ter

27) *L. 31. § 2. D. de donation.*

28) *L. 11. in fin. C. eodem.*

dem aus den Umständen sich ergebenden Willen des Erblassers die Theilung zu machen sey[23]). Der Sohn konnte also hier nicht abstiniren, sondern er mußte, wenn er die Schenkung aufrecht erhalten wissen wollte, sich auf die Klage einlassen, und an der Erbtheilung Antheil nehmen[24]). Weil jedoch der Vater sein ganzes Vermögen an den Sohn verschenkt hatte, so konnte ihm freylich nicht die ganze Schenkung zugesprochen werden, sondern es war dem Amte des Erbtheilungsrichters und der Billigkeit gemäß, der klagenden Tochter wenigstens den Pflichttheil (*quartam partem debitae ab intestato portionis*)[25]) zuzusprechen[26]).

In

23) Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 418.

24) Da hier die dem Sohn gemachte Schenkung an sich nichtig war, so mußten ohnedem die verschenkten Güter als solche betrachtet werden, *quae in bonis manserint, adeoque et in hereditate patris inveniantur*, wie DONELLUS c. l. pag. 1109. sagt, und also schon darum zur Theilung kommen. Doch mußte auch auf den Willen des Vaters, so weit es die Billigkeit erlaubte, Rücksicht genommen werden. *L. 20. §. 3. D. fam. ercisc.*

25) Man findet hier zugleich einen neuen Beweis für die oben §. 544. vertheidigte Meinung, daß der Pflichttheil immer nur ein Theil der Intestatportion sey.

26) Hierauf zielt die der oben angeführten *L. 2. Cod. Gregor. de famil. ercisc.* von Ant. Schulting aus dem Breviario Alariciano beygefügte westgothische Interpretation, in welcher es heißt: *Quod si maior fuerit ista donatio, quae nomine filiifamilias facta est, ut omnis facultas patris quartam eius rei, quam filius donatam accepit, implere non possit, reliquis filiis de hac ipsa donatione Falcidia suppleatur.* S. SCHULTING ad h. Interpret. not. 11. (in *Iurispr. Antejust.* p. 695.)

In dem andern Falle hingegen, da der beschenkte Sohn noch bey Lebzeiten des Vaters emancipirt worden ist, war die ihm gemachte Schenkung an sich nicht ungültig. Sie hatte ihre Perfection dadurch erhalten, daß sie der Vater bey der Emancipation nicht ausdrücklich widerrufen hatte[27]); oder sie war gleich Anfangs gültig, wenn der Sohn zur Zeit der ihm gemachten Schenkung schon emancipirt gewesen[28]); und bedurfte also jener Bestätigung durch den arbitrum familiae erciscundae nicht. Dieß ist der Sinn der Worte: non indiget *alieno adminiculo*, sed *suis viribus nititur* iuxta constitutiones. Der emancipirte Sohn konnte daher die väterliche Erbschaft ausschlagen, und dadurch der Collation entgehen. Gegen diesen mußte also die verletzte Tochter die querelam inofficiosae donationis anstellen. Diese wird hier *auxilium aequitatis* genennt. Und worauf gieng diese Klage? Dieß haben nun zwar die Kaiser nicht ausdrücklich bestimmt. Allein aus den Worten: *ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae*, als welche nur das Recht zu klagen, oder die Form der Klage andeuten, läßt sich mit Anton Faber noch keinesweges schließen, daß in diesem Falle die ganze Schenkung habe umgeworffen werden können. Gewiß, wenn irgends die ganze Schenkung umzustoßen gewesen wäre, so wäre in jenem ersten Falle eher Grund dazu vorhanden gewesen, als in dem letztern, wie Vinnius sehr gründlich gegen Faber erinnert hat. Die Wirkung der Klage konnte also hier vernünftigerweise keine andere seyn, als in jenem ersten Falle, weil es nur darauf abgesehen war, die der Töch-

 ter

27) *L. 31. § 2. D. de donation.*

28) *L. 11. in fin. C. eodem.*

ter zugefügte Verletzung im Pflichttheile zu verbessern; und die Kaiser unterscheiden nur darum zwischen einem emancipirten und nicht emancipirten Sohne, weil in diesem Falle das ordentliche Rechtsmittel der Erbtheilungsklage, in jenem aber das ausserordentliche Mittel der Querel zu gebrauchen war. Wie wenig übrigens bey emancipirten Kindern die Wirkung in Absicht auf Rescission der lieblosen Schenkung unterschieden sey, erhellet aus einer zweyten besonders entscheidenden Stelle, welche hier einen vorzüglichen Platz verdient.

L. 5. C. eodem.

Impp. DIOCLET. et MAXIM. AA. *Cottabeo.*

Si *totas facultates* tuas per donationes vacuas fecisti, quas in *emancipatos filios* contulisti: id, *quod ab submovendam inofficiosi testamenti querelam non ingratis liberis relinqui necesse est*, ex factis donationibus *detractum*, ut filii, vel nepotes postea ex quocunque legitimo matrimonio nati, *debitum bonorum subsidium* consequantur, ad patrimonium tuum *revertetur*.

Hier hatte ja nun der Vater sein ganzes Vermögen an seine emancipirten Kinder verschenkt, und doch soll die Schenkung von den nachher gebohrnen ehelichen Kindern und Enkeln nicht ganz umgestoßen werden; sondern nur soviel davon zurückgefordert werden können, als der Pflichttheil derselben beträgt. Wir lernen sowohl aus diesem als dem vorigen Gesetz,

1) daß wenn ich auch mein ganzes Vermögen bey meinem Leben verschenkt habe, dennoch meine Notherben die ganze Schenkung nicht umstoßen können, welches

ich

ich hier besonders gegen Just. Henn. Böhmer und Höpfner erinnern muß.

2) Daß zur Begründung der Querel wegen einer donatio inofficiosa nicht erforderlich sey, daß die Schenkung gerade in der Absicht geschehen sey, den Pflichttheil der Notherben zu schmälern, oder ihnen solchen gänzlich zu entziehen. Denn wie konnte diese Absicht bey noch ungebohrnen Kindern Statt finden? und doch giebt dieses Gesetz auch den *postumis* die Querel. Es ist also zu einer donatio inofficiosa schon genug, daß sie jene Wirkung hat[29]). Auch die Praxis nimmt auf die Absicht des Donators keine Rücksicht[30]). Das hingegen läßt sich

3) aus diesem Gesetz nicht erweisen, was Cujaz[31]), Rittershusen[32]), Wißenbach[33]) und andere mehr damit haben beweisen wollen, daß auch der Donator selbst die von ihm geschehene lieblose Schenkung revociren könne. Denn wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß die Worte des

 Gesetzes

29) PEREZ Praelect. in Cod. Tit. de inoff. donat. nr. 5. HILLIGER in *Donello* Enucleat. Lib. XIX. cap. 11. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. III. membr. I, §. 14. p. 472. WESTENBERG Diss. IX. de caussis obligation Cap. IV. §. 7. Höpfner Commentar über die Institutionen §. 412. Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 1108.

30) STRUV Exercit. XL. Th. 14. PUFENDORF Tom. II. Observ. 178.

31) Exposit. Nov. 92.

32) Iure Iustinian. P. V. Cap. XIII. nr. 9. pag. 282.

33) Commentar. ad Tit. Cod. de inoff. donat. pag. 180. (edit. *Franequer.* 1701. 4.).

Gesetzes an den Donator selbst gerichtet sind, so können doch die oben angeführten letztern Worte desselben: *ad patrimonium tuum revertetur* keinesweges so verstanden werden, daß dieser selbst die Schenkung revociren könne. Wollte er sie in seinem Namen widerrufen, so würde ihm mit Recht die Einrede entgegen gesetzt werden können, daß die Schenkung in Ansehung seiner nicht für lieblos zu halten sey. Er kann sie aber auch nicht einmal im Namen seiner Notherben widerrufen. Denn nur sie sind dadurch verletzt, und nur ihnen kommt es daher zu, das ihnen dadurch zugefügte Unrecht gerichtlich zu ahnden. Nun aber steht auch diesen nicht einmal die Querel bey Lebzeiten des Donators zu. Denn es erhellet schon aus der Natur des Pflichttheils, daß dessen Verletzung erst nach dem Tode des Erblassers gerügt werden könne, weil keine legitima viventis denkbar ist. Es wäre also höchst ungereimt, wenn der Donator die Querel Namens derjenigen sollte anstellen können, welchen sie selbst noch zur Zeit nicht zustehen würde, wenn sie auch solche anstellen wollten. Daher kann wohl der Sinn der Worte: *ad patrimonium tuum revertetur*, kein anderer seyn, als dieser, daß nach dem Tode des Donators desselben Kinder, von den verschenkten Gütern, soviel als ihr Pflichttheil beträgt, mit der querela inofficiosae donationis werden zurückfordern können [34]), wie besonders Hugo Donellus [35]) ganz überzeugend dargethan

34) Vermuthlich gieng die Anfrage des Vaters, auf welche sich die Entscheidung des Gesetzes bezieht, dahin: ob seine nachhergebohrnen Kinder eine Schenkung anfechten könnten, die noch vor ihrer Existenz geschehen sey. Vielleicht dachte der Vater: *nondum natorum nulla sunt iura.*

35) Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. 11. pag. 1110.

gethan hat. Schon der Grund, den das Gesetz anführt: *ut filii vel nepotes postea ex quocunque legitimo matrimonio nati* debitum bonorum subsidium *consequantur*, setzt dieses ausser allen Zweifel. Denn dieses *debitum bonorum subsidium* ist nichts anders, als der Pflichttheil. Diesen können ja aber die Kinder bey Lebzeiten des Donators nicht erhalten, weil er ein Theil der Intestaterbportion ist, dessen Verletzung also erst nach dem Tode des Donators vorzüglich darum gerügt werden kann, weil das Vermögen desselben bis dahin wieder vermehrt werden kann, und also nicht bloß nach dem Zustande, in welchem es sich bey dem Leben des Schenkenden befindet, beurtheilt werden darf[36]). Es kann ja der Donator nachher noch immer soviel Vermögen bey seinem Leben erwerben, daß die Schenkung, die vorher als pflichtwidrig erschien, bey seinem Tode nicht mehr dafür gehalten werden kann, weil der Nachlaß zum Pflichttheil hinreicht. Wäre wirklich unser Gesetz von einer Schenkung zu verstehen, welche der Donator selbst zu wiederrufen befugt wäre, so würde dasselbe ohne Zweifel dem Titel des Codex *de revocandis donationibus* eingerückt worden seyn, und nicht in dem Titel *de inofficiosis donationibus* die Reihe der Constitutionen unterbrechen, welche nur den Notherben das Rechtsmittel, lieblose Schenkungen anzufechten, verstatten[37]). Der Umstand, daß hier von Kindern die Rede ist, die erst nach der gemachten Schenkung

36) Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. B. S. 173.

37) Man sehe vorzüglich RAU Diss. cit. §. VII. und WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. III. membr. I. §. 15. pag. 473. seq.

Gesetzes an den Donator selbst gerichtet sind, so können doch die oben angeführten letztern Worte desselben: *ad patrimonium tuum revertetur* keinesweges so verstanden werden, daß dieser selbst die Schenkung revociren könne. Wollte er sie in seinem Namen widerrufen, so würde ihm mit Recht die Einrede entgegen gesetzt werden können, daß die Schenkung in Ansehung seiner nicht für lieblos zu halten sey. Er kann sie aber auch nicht einmal im Namen seiner Notherben widerrufen. Denn nur sie sind dadurch verletzt, und nur ihnen kommt es daher zu, das ihnen dadurch zugefügte Unrecht gerichtlich zu ahnden. Nun aber steht auch diesen nicht einmal die Querel bey Lebzeiten des Donators zu. Denn es erhellet schon aus der Natur des Pflichttheils, daß dessen Verletzung erst nach dem Tode des Erblassers gerügt werden könne, weil keine legitima viventis denkbar ist. Es wäre also höchst ungereimt, wenn der Donator die Querel Namens derjenigen sollte anstellen können, welchen sie selbst noch zur Zeit nicht zustehen würde, wenn sie auch solche anstellen wollten. Daher kann wohl der Sinn der Worte: *ad patrimonium tuum revertetur*, kein anderer seyn, als dieser, daß nach dem Tode des Donators desselben Kinder, von den verschenkten Gütern, soviel als ihr Pflichttheil beträgt, mit der querela inofficiosae donationis werden zurückfordern können[34]), wie besonders Hugo Donellus[35]) ganz überzeugend dargethan

34) Vermuthlich gieng die Anfrage des Vaters, auf welche sich die Entscheidung des Gesetzes bezieht, dahin: ob seine nachhergebohrnen Kinder eine Schenkung anfechten könnten, die noch vor ihrer Existenz geschehen sey. Vielleicht dachte der Vater: *nondum natorum nulla sunt iura.*

35) Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. 11. pag. 1110.

gethan hat. Schon der Grund, den das Gesetz anführt: *ut filii vel nepotes postea ex quocunque legitimo matrimonio nati* debitum bonorum subsidium *consequantur*, setzt dieses ausser allen Zweifel. Denn dieses *debitum bonorum subsidium* ist nichts anders, als der Pflichttheil. Diesen können ja aber die Kinder bey Lebzeiten des Donators nicht erhalten, weil er ein Theil der Intestaterbportion ist, dessen Verletzung also erst nach dem Tode des Donators vorzüglich darum gerügt werden kann, weil das Vermögen desselben bis dahin wieder vermehrt werden kann, und also nicht bloß nach dem Zustande, in welchem es sich bey dem Leben des Schenkenden befindet, beurtheilt werden darf[36]). Es kann ja der Donator nachher noch immer soviel Vermögen bey seinem Leben erwerben, daß die Schenkung, die vorher als pflichtwidrig erschien, bey seinem Tode nicht mehr dafür gehalten werden kann, weil der Nachlaß zum Pflichttheil hinreicht. Wäre wirklich unser Gesetz von einer Schenkung zu verstehen, welche der Donator selbst zu wiederrufen befugt wäre, so würde dasselbe ohne Zweifel dem Titel des Codex *de revocandis donationibus* eingerückt worden seyn, und nicht in dem Titel *de inofficiosis donationibus* die Reihe der Constitutionen unterbrechen, welche nur den Notherben das Rechtsmittel, lieblose Schenkungen anzufechten, verstatten[37]). Der Umstand, daß hier von Kindern die Rede ist, die erst nach der gemachten Schenkung

 geboh-

36) Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. B. S. 173.

37) Man sehe vorzüglich RAU Diss. cit. §. VII. und WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. III. membr. I. §. 15. pag. 473. seq.

gebohren worden sind, thut nichts zur Sache. Denn die *L. 8. C. de revoc. donation.* die man hiebey zu Hülfe nimmt, ist hier nicht anwendbar. Sie redet bloß von einer Schenkung, die ein Patron seinem Freygelassenen gemacht hatte, und der Grund, warum gerade diesem das Recht ertheilet wird, dieselbe wegen nachher gebohrner Kinder zu widerrufen, liegt unstreitig in dem besondern Verhältniß, in welchem der Patron zu dem Freygelassenen stand [38]), und welches auf keinen andern Donator paßt, wie Gothofredus [39]), Voet [40]), Vinnius [41]) und vorzüglich Wernher [42]) sehr gelehrt und gründlich gezeigt haben.

Eine

38) Daher ist auch die *L. 8. cit.* wie dessen Inscription lehrt, an den Praefectus urbis *Orfitus* gerichtet, welcher zwischen den Patronen und Freygelassenen Recht sprach, wie aus *L. 1. §. 2. et 10. D. de officio Praef. urbi* erhellet. Die Inscription dieses Gesetzes im Justinianeischen Codex lautet zwar *ad Orphitum Praef. praetorio.* Allein daß diese Inscription falsch sey, ist aus dem Theodosianischen Codex, *L. 3. de revoc. donat.* (Lib. VIII. Tit. 13.) zu ersehen, und auch schon vom *Iac.* GOTHOFREDUS in not. d. ad L. 3. C. Theod. cit. (Tom. II. pag. 657.) bemerkt worden. *Orphitus*, dessen in der Inscription der *L. 8.* Erwähnung geschieht, war der MEMMIUS VITRASIUS ORFITUS III. Daß nun aber derselbe nicht Praefectus Praetorio, sondern *Praefectus Urbi* in dem Jahre 355 gewesen, in welchem Kaiser Constantius (nicht Constantinus) die *L. 8. C. de revoc. donat.* gegeben hat, zeigt *Eduard.* CORSINUS in Serie Praefectorum urbis. (*Pisis* 1763. 4.) pag. 220. sqq. mit vieler Gelehrsamkeit.

39) Commentar. ad L. 3. Cod. Theodos. de revoc. donat. Tom. II. pag. 658. sqq. (edit. *Ritter.*)

40) Commentar. ad Pand. Tom. II. Tit. de donation. §. 28.

41) Select. iur. Quaest. Lib. II. cap. 32.

Eine dritte Beweisstelle ist die

L. 7. C. eodem.

Iidem AA. *Ammiano.*

Si mater tua patrimonium suum ita profunda liberalitate in fratrem tuum evisceratis opibus suis exhausit, ut *quartae partis dimidium, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam adversus te sufficeret*, in his donationibus, quas tibi largita est, *non habeas*: quod *immoderate* gestum est, *revocabitur.*

Hier hatte eine Mutter ihr Verwögen durch Schenkungen unter ihre beyden Söhne so ungleich vertheilt, daß der eine nicht einmal die Hälfte des ihm von dem Vermögen gebührenden Pflichttheils erhalten hatte. Es fand also gegen diese Schenkung die Querel wegen der Lieblosigkeit statt, mittelst welcher aber die Schenkung nur in soweit rescindirt werden soll, als der Pflichttheil dadurch verletzt worden ist. Wir sehen nun aus den bisher angeführten Gesetzen, daß die Wirkung der Querel die nämliche sey, es mag dadurch den Notherben der ihnen gebührende Pflichttheil ganz oder nur zum Theil entzogen worden seyn.

Eine vierte Beweisstelle ist die besonders deutliche

L. 8. pr. C. eodem.

Iidem AA. *Auxanoni.*

Si liqueat, matrem tuam intervertendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus in unum filium collatis exhausisse, cum adversus eorum cogi-

52) Diss. qua modum donationes ob agnationem liberorum ex L. 8. C. de revoc. donat. retractandi ad solas largitiones patroni in libertum collatas pertinere defenditur. *Vitemb. 1724.*

cogitationes, qui consiliis supremum iudicium anticipare contendunt, et actiones filiorum exhauriunt, aditum querelae ratio deposcat: quod donatum est, *pro ratione quartae* ad instar inofficiosi testamenti convicti *diminuetur*.

Hier wird nun ganz ausdrücklich gesagt, daß wenn Jemand, um die Querel des lieblosen Testaments zu umgehen, sein Vermögen durch Schenkungen unter den Lebendigen erschöpft, und durch diese Cautel seinen Notherben, was er im Testament nicht thun durfte, den Pflichttheil zu entziehen gesucht hätte, eine solche lieblose Schenkung bis auf den Pflichttheil aufgehoben werden solle; weil es der Vernunft gemäß sey, daß in einem solchen Falle, wie bey Testamenten, welche der Inofficiosität überwiesen sind, eine Querel gestattet werde. Die Aehnlichkeit, welche hier zwischen der Querel des lieblosen Testaments und der der lieblosen Schenkung angenommen wird, betrift also nicht den Gegenstand oder die Quantität, sondern nur das Recht zu klagen. Es ist daher eine ganz unerweisliche Hypothese, wenn Anton Faber in dem Falle des Gesetzes vier Kinder annehmen will, welche die Erben des mütterlichen Nachlasses sind, und die Worte: *pro ratione quartae* von dem vierten Theile des ganzen Vermögens erklärt, welcher einem der Kinder ab intestato gebührt, wie Westphal[43]) sehr gründlich erinnert hat.

Diese Verordnungen seiner Vorfahren bestätigt endlich auch Kr. Justinian in der Novelle 92. Kap. 1. deren Worte schon oben (S. 97. folg.) nach Hombergk angeführt worden sind.

Hier-

43) Theorie des R. R. von Testamenten §. 422. S. 314. folg.

Hiermit fällt nun also der von der Aehnlichkeit beyder Querelen aus der *L.* 9 *Cod. de inoff. donat.* hergenommene Grund unserer Gegner von selbst dahin. Zwar ist nicht zu läugnen, daß zwischen der querela inofficiosae donationis und der querela inofficiosi testamenti, in mehr als einer Rücksicht eine grosse Aehnlichkeit Statt findet, nämlich

a) in Absicht auf die *causa*, welche bey beyden Klagen eadem oder similis ist, wie die L. 9. cit. sagt. Denn die Klage der pflichtwidrigen Schenkung ist nach Art der Klage des lieblosen Testaments eingeführt worden, welches also, wie aus dem Vorhergehenden erhellet, soviel sagen will, daß wegen der durch eine Schenkung unter den Lebendigen veranlaßten Verkürzung des Pflichttheils eben so gut eine Klage gestattet seyn solle, als wenn die Verletzung im Testament geschehen ist.

b) In Absicht auf die Personen, unter welchen beyde Klagen Statt finden. Denn beyde Klagen können

1) nur von wahren Notherben, das ist, von solchen Verwandten des Donators angestellt werden, welchen der Pflichttheil gebührt. (§. 543.) Also von Kindern, Eltern und Geschwistern des Donators, insofern nämlich die letztern wegen einer ihnen vorgezogenen schändlichen Person einen Pflichttheil fordern können [44].

2) Sie

44) Die Gesetze gedenken zwar nur ausdrücklich der Kinder und Eltern *L. 1. L. 4. C. de inoff. donat.* Allein daß eine Schenkung auch von Geschwistern als lieblos angefochten werden könne, wenn sie an eine schändliche Person geschehen ist, ist keinem gegründeten Zweifel unterworfen. S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. cit. de querela inofficiosae donationis fratrum §. 2. sqq. VOET ad Pand. Tit. de donation. §. 37.

2) Sie werden gegen den angestellt, durch welchen die Verletzung des Notherben geschehen ist. So wie also die querela inofficiosi testamenti zunächst gegen den im Testament eingesetzten und die Erbschaft besitzenden Erben Statt findet, so wird die Querel der lieblosen Schenkung zunächst gegen denjenigen angestellt, an welchen zum Nachtheil des Klägers die Schenkung geschehen ist, es sey ein Fremder, oder auch ein Notherbe. Sind mehrere Schenkungen zu verschiedenen Zeiten gemacht worden, so kann nur gegen den Donatar geklagt werden, mit dessen Beschenkung die Verletzung des Pflichttheils begann[45]). Es ist daher unrichtig, wenn Anton Faber[46]), Perez[47]), Voet[48]) und Wissenbach[49]) behaupten, daß alle diese Schenkungen, die erstern, wie die letztern, pro rata revocirt werden könnten, wenn ihnen gleich Walch[50]) beypflichtet. Denn aus den oben angeführten Gesetzen ist diese Meinung nicht erweislich. Es kommt auch darauf nichts an, ob die mehreren Schenkungen in kurzer oder geraumer Zeit

45) RICHARDUS in Comm. ad L. 5. C. de inoff. donat. LAUTERBACH Disq. de inofficiosa donatione §. 26. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1000. nr. V. MALBLANC Dig. P. II. Sect. II. §. 788. und Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 1108.

46) Cod. definition. for. Lib. III. Tit. 29. Definit. 7.

47) Praelect. in Cod. Tit. de inoff. donat. nr. 6.

48) Comm. ad Pand. Tom. II. Tit. de donat. §. 38.

49) Commentar. in Cod. eodem Tit. §. *Quid si plures donationes* etc. pag. 180.

50) Introd. in controv. iur. civ. pag. 476. §. 17.

Zeit nach einander geschehen sind[51]. Ob aber deswegen die Klage für eine bloß persönliche zu halten sey, ist sehr zweifelhaft. Voet[52], Zoesius[53] und Thibaut[54] sind wirklich dieser Meinung. Allein dagegen hat Donellus[55] nicht ohne Grund erinnert, daß eine Personalklage nur aus einer obligatio entstehe, der Beklagte aber sich hier dem Kläger durch kein Factum verbindlich gemacht habe. Besonders aber steht jener Meynung entgegen, wenn die Gesetze sagen, daß die Querel der pflichtwidrigen Schenkung *iuxta formam de inofficioso testamento constitutam*[56], ferner *ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae*[57], desgleichen *ad exemplum inofficiosi testamenti*[58], endlich *ad instar inofficiosi testamenti*[59] eingeführt worden sey. Sie hat also unstreitig mit der Klage des lieblosen Testaments die Eigenschaft einer qualificirten Erbschaftsklage gemein, und ist daher, wie Vaudus[60], Just. Henn. Böh=

51) RAU cit. Diss. §. IX. pag. 29.

52) Comment. ad Pand. cit. Tit. §. 37.

53) Commentar. ad Dig. Tit. de donat. nr. 83.

54) System des Pandectenrechts a. a. O. 2. Th. S. 296.

55) Commentar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 11. pag. 1109.

56) *L. 1. C. de inoff. donat.*

57) *L. 2. L. 9. C. eodem.*

58) *L. 6. C. eodem.*

59) *L. 4. L. 8. C. eodem.* Die Worte der *L. 5. C. eodem;* ad patrimonium tuum revertetur, sind kein Beweis, daß die Klage ein bloß persönliches Rechtsmittel sey.

60) Var. Quaest. iur. civ. Lib. II. Qu. 24.

Böhmer [61]) und Rau [62]) behaupten, vielmehr zu den dinglichen Klagen zu zählen. Sie kann also, gleich der querelae inofficiosi testamenti, nicht nur gegen den Donatar, sondern auch gegen einen jeden an seine Stelle tretenden Nachfolger, welcher das Geschenk besitzt, angestellet werden, welcher läugnet, daß der Kläger dadurch in seinem Pflichttheil verkürzt sey.

c) In Rücksicht der Dauer sind beyde Klagen einander darin ähnlich, daß sie beyde nach fünf Jahren erlöschen [63]). Diese Aehnlichkeit wird nicht nur in der oben angeführten *L.* 9. ausdrücklich bemerkt, sondern es wird auch in einer Verordnung der Kaiser Gratian, Valentinian und Theodos, welche in dem Theodosianischen Codex [64]) befindlich ist, von den actionibus inofficiosis überhaupt gesagt, daß ihnen eine Dauer von fünf Jahren vorgeschrieben sey [65]). Nur in Rücksicht auf den Zeitpunct, von welchem die Verjährung bey diesen Klagen zu laufen anfängt, findet ein Unterschied Statt. Denn wenn das Quin-

61) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. III. §. 48.

62) Diss. cit. de querela inoff. donat. §. 3. pag. 11. sq.

63) *Car. Frid.* WALCH Diss. de querelae inofficiosae donationis praescriptione. *Ienae* 1768.

64) *L.* 5. *C. Th. de inoff. testam.* Warum dieses Gesetz dem Justinianeischen Codex nicht inserirt worden ist, sagt *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad h. L. Tom. I. pag. 206.

65) Mit Recht verwirft daher *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XL. Th. 14. not. 9. nr. III. die Meinung derjenigen, welche behaupten, daß nach der Nov. 92. wegen liebloser Schenkungen eine bloße actio personalis oder *condictio ex lege* Statt finde, welche erst in 30 Jahren erlösche.

Quinquennium bey der querela inofficiosi testamenti erst von der Zeit an gerechnet wird, da der Erbe die Erbschaft angetreten hat [66]); so kann dieses freylich bey der querela inofficiosae donationis darum nicht Statt finden, weil hier von keiner Antretung der Erbschaft die Frage seyn kann. Die Verjährung bey dieser Klage nimmt also gleich nach dem Tode des Donators ihren Anfang. Falsch hingegen ist es, wenn einige haben behaupten wollen, daß sie schon bey Lebzeiten des Donators Statt finde, welche Meinung **Walch** [67]) schon gründlich widerlegt hat. Hierin kommen also beyde Klagen mit einander überein, daß sie erst nach dem Tode des Erblassers angestellt werden können, und daß wenn der Kläger noch minderjährig ist, das Quinquennium bey beyden Klagen nicht eher zu laufen anfange, als nachdem derselbe die Volljährigkeit erreicht hat [68]). Endlich

4) wo

66) *L. 36. §. 2. C. de inoff. testam.*

67) Differt. cit. §. 15. et 16.

68) *L. 2. C. in quib. caus. in integr. restit. necessaria non est.* Es ist zwar in diesem Gesetze ausdrücklich nur von der querela inofficiosi die Rede. Allein die Aehnlichkeit, die nach der *L. 9. C. de inoff. donat.* zwischen jener Klage und der querela inofficiosae donationis in Absicht auf Zeit und Dauer Statt haben soll, läßt uns nicht zweifeln, daß die *L. 2. cit.* auch bey der letztern gelte. Daß es auch die Griechen so verstanden haben, beweißt eine Stelle aus HARMENOPULI Promtuar. iuris Lib. V. Tit. 9. §. 24. wo es heißt: *Δύνασθαι τὸν παῖδα τὴν κατὰ τῆς διαθήκης τȣ̃ πατρὸς, ἢ τῆς δωρεᾶς μέμψιν κινεῖν. ἐι μὴ τὸ καταλελειμένον ἀυτῷ διὰ πάντων, ἀρκεῖ ἀυτῷ πρὸς τό ἢ ȣ̓πέγγυωτην τȣ̃ πατρὸς, βȣ́λησιν ἢ*

πέντε

4) wo die Querel wider ein Testament unzuläßig ist, und wegfällt, da findet auch die querela inofficiosae donationis nicht Statt. Dahin gehört, wenn der Beklagte beweisen kann, daß der Kläger eine solche Undankbarkeit gegen den Erblasser begangen habe, welche nach dem Rechte der Novellen die Enterbung verdient [69]). Denn auch die querela

πέντε ἔτη παρέδραμε, καὶ μείζων ἐςὶ τῶν κε̄ ἐνιαυτῶν: i. e. *Potest filius adversus patris testamentum, aut donationem ab eo factam querelam instituere, nisi id, quod ei relictum est, omnino ad explendum trientem satis sit, vel nisi patris sui agnoverit voluntatem, vel quinquennium effluxerit, et maior sit viginti quinque annis.*

69) *Nov. XCII. cap. 1. §. 1.* Haec tamen de liberis dicimus, qui erga ipsos grati sunt, non vero de ingratis, *quibusve pater iustam et legitimam ingratitudinem obiicit.* Nam si hoc ita se habere appareat, *et causae ingratitudinis demonstrentur*, leges de ingratis latae ratae sint, per hanc nostram legem in nullo minuendae. *Sam. de* COCCEJI in iure civ. controv. Lib. XXXIX. Tit. 5. Qu. IX. §. 2. et 4. glaubt, Justinian habe hier die *L. ult. C. de revoc. donat.* im Sinne gehabt, und nach diesem Gesetz müßten daher die Ursachen der Undankbarkeit bestimmt werden, welche die querelam inoff. donationis ausschließen. Allein Cocceji hat nicht bedacht, daß die *L. ult. Cod. cit.* nur von den Ursachen der Undankbarkeit redet, wegen welcher der Donator selbst berechtiget ist, die Schenkung zu widerrufen. Ueberdem redet Justinian nicht von einem Gesetz, sondern er gedenkt der τῶν νόμων. Ohne Zweifel versteht also der Kaiser unter den *legibus de ingratis latis* diejenigen Gesetze, welche von den Enterbungsursachen handeln. Denn in der *Nov. CXV, cap. 3. pr.* sagt er: Quia causae, ex quibus liberi ingrati iudicari debent, *per diversas leges dispersas*, nec clare expressas invenimus, —— propterea necessarium nobis

querela inofficiosi fällt weg, wenn eine rechtmäßige Enterbungsursache erweislich ist. Eine undankbare Handlung des Notherben, welche nach dem Rechte der Novellen keine Enterbungsursache ist, hindert nicht, die Schenkung als pflichtwidrig anzufechten [70]).

Allein dieser Aehnlichkeit ungeachtet ist dennoch unserer Querel die völlige Wirkung der Inofficiositätsklage nicht beygelegt worden, es ist vielmehr aus den oben angeführten Gesetzen ganz offenbar, daß lieblose Schenkungen nur in so weit widerrufen werden können, als dadurch der Pflichttheil der Notherben erweislich verletzt worden ist.

β) Schenkungen auf den Todesfall. Hier findet die Querela inofficiosae donationis nicht Statt, weil der Titel des Codex *de inoff. donat.* blos von Schenkungen unter den Lebendigen redet, und die dagegen eingeführte Querel nur dann Statt hat, wenn es an einem andern Rechtsmittel fehlt [71]). Voet [2])

 ist

bis esse visum est, *praesenti lege* illas nominatim comprehendere. Die Ursachen der Undankbarkeit, welche die querelam inoff. donationis ausschließen, müssen also nun um so mehr aus der *Nov. 115.* bestimmt werden, *cum novum non sit*, wie Paulus sagt *L. 26. D. de Legib. ut priores leges ad posteriores trahantur.* S. RAU cit. Diss. §. X.

70) Ernst Gottfr. Schmidt theoretisch pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden 3. Band. §. 558. ad 3) S. 31. folg. und Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 1108. S. 296.

71) *Io. Iac.* WISSENBACH Comment. in Cod. Tit de inoff. donat. pag. 179. *Ant.* PEREZ Praelect. in Codic. eod. Tit. nr. 3. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. 11. *Wolfg.*

ist zwar anderer Meinung. Allein wenn gleich diese Meinung auch bey Höpfner[73]) und Thibaut[74]) Beyfall gefunden, so widerlegt sich doch dieselbe schon dadurch von selbst, daß es dem Notherben nicht an andern Rechtsmitteln fehlt, wenn er durch Schenkungen auf den Todesfall um seinen Pflichttheil gebracht, oder darin verkürzt worden ist. Die Gesetze geben nämlich hier dem Notherben, er sey übrigens im Testament zum Erben eingesetzt, oder der Erblasser sey ohne Testament verstorben, das beneficium Falcidiae[75]). Denn der von Todes wegen Beschenkte wird wie ein Legatar angesehen, und muß sich den Abzug der Falcidie gefallen lassen[76]). Da aber der Pflichttheil nach der Nov. 18. Kap. 1. mehr beträgt, als die Falcidische Quarte, so erhält der verletzte Notherbe nun den Pflichttheil als ein Surrogat der Falcidie[77]) kann aber diesen nicht zugleich mit dem

Wolfg. Ad. LAUTERBACH Disq. de inofficiosa donat. §. 25. *Io. Ortw.* WESTENBERG Diss. IX. de caussis obligationum. Cap. IV. §. 5. RAU cit. Diss. §. 3. pag. 11. Schmidt in dem angef. theor. pract. Commentar. 3. Th. §. 554. Nr. 2. S. 27. folg.

72) Comm. ad Dig. Tom. II. Tit. de donation. §. 40.

73) Theor. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 412. Not. 2. S. 435.

74) System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 1113. S. 300.

75) *L.* 8. §. 9. *et* 11. *D. h. t. L.* 18. *pr. D. ad. Leg. Falcid. L.* 5. *L.* 10. *et* 11. *C. eodem.*

76) *L.* 27. *in fin. D. de mortis caus. donat. L.* 2. *Cod. de donat. mortis causa. Iac.* VOORDA Commentar. ad Legem Falcid. Cap. VI. §. 6.

77) Mit Recht sagt daher WISSENBACH c. l. pag. 179. *Mortis causa donatio citra querelam per legitimam minuitur. L.* 1. §. 5. *D. Quod legator.*

dem Pflichttheile abziehen. Denn die oben angeführten Texte des Canonischen Rechts, nämlich die bekannten capitt. *Raynutius* und *Raynaldus* sind auf Schenkungen von Todeswegen unanwendbar [78]). **Ernst Gottfr. Schmidt** glaubt, der durch eine solche Schenkung verletzte Notherbe könne seinen Pflichttheil mit der *condictione ex Nov.* 18. Kap. 1. fordern. Allein da hier der Notherbe den Pflichttheil als Surrogat der Falcidie erhält, so stehen ihm vielmehr diejenigen Rechtsmittel zu Gebote, welche dem Erben wegen der Falcidischen Quarte zustehen [79]).

b) Die Bestellung eines Brautschatzes. Ist dieselbe auf eine so unmäßige Art geschehen, und das Vermögen des Constituenten dadurch dergestalt erschöpft oder geschwächt worden, daß nun nach dem Tode desselben seinen hinterlassenen Notherben nicht einmal der Pflichttheil übrig bleibt, so wird eine solche Brautgabe eine pflichtwidrige, (*dos inofficiosa*) genennt. Gegen diese hat Kr. **Constantius** *L. un. Cod. de inoff. dotibus* ein Rechtsmittel eingeführt; welches *Querela inofficiosae dotis* genennt wird [80]).

 Die

78) Man vergleiche hier vorzüglich *Frid. Hieron. Rud.* ZIEGLER Diss. de mortis causa donatario omnium bonorum, duplicis portionis deductione ab heredibus necessariis non onerando. *Erfordiae* 1798.

79) S. VOORDA Comm. cit. cap. 13. und Westphals hermenevtisch-syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1344. S. 930. folg. Davon dereinst ad §. 1579.

80) Eine gründliche Abhandlung über dieses Rechtsmittel enthält *Io. Sylvest.* TAPPEN Diss. inaug. de remediis emendandae laesionis ex dote, et sigillatim ea, quae inofficiosa dicitur, praes. *Tob.*

Die Worte jener Constitution, welche, wie ich nachher bemerken werde, zu mancherley Mißdeutungen Anlaß gegeben haben, lauten im Justinianeischen Codex [81]) folgendermassen.

Imp.

Tob. Iac. REINHARTHO def. *Goettingae 1741.* 4. Sect. II. §. 29. seqq.

81) Diese Verordnung des Kaisers Constantius steht auch im Theodosianischen Codex Lib. II. Tit. 21. Sie ist nämlich die *L. 1. C. Th. de inoff. dotib.* Allein Tribonian hat sich hier manche Abänderungen erlaubt. Im Theodosianischen Codex lautet sie nämlich so: Cum omnis hereditas dote dicatur exhausta, concordare legibus promtum est, ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur. Wahrscheinlich war hier der Fall von der Dotation einer Tochter, wodurch der Vater seinen übrigen Kindern den Pflichttheil entzogen hatte, wie auch *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad h. L. Tom I. pag. 213. glaubt. Allein Tribonian legt einen solchen Fall unter, wo die Bestellung des pflichtwidrigen Brautschatzes von der Mutter zum Nachtheil ihrer Kinder geschehen war, wovon die *L. 2. C. Th. de inoff. donat.* redet. Diese ist ebenfalls eine Constitution des Kaisers Constantius, welche aber ihres abgeänderten Inhalts wegen nicht in den Justinianeischen Codex aufgenommen worden ist. Sie lautet so: Dote ab *uxore* marito data, *filios ex priori matrimonio*, si neque *ultra dodrantem*, neque in fraudem *legis Papiae* constituatur, de hac repetenda nullam constat habere actionem. Die Kinder der ersten Ehe sollen nach dieser Constitution in zwey Fällen eine Klage haben, das von ihrer Mutter dem Stiefvater zugebrachte Heyrathsgut zurückzufordern. Nämlich 1) wenn sie ihm über drey Viertheile ihres Vermögens zur dote zugewendet hat, so daß die Kinder den Pflichttheil nicht übrig haben. Hier können

Imp. CONSTANTIUS A. ad *Maximum* Praesidem Ciliciae.

Cum omnia bona a matre tua in dotem dicantur exhausta, leges legibus concordare promptum est [82]),

 ut

nen sie blos ihren Pflichttheil abfordern. 2) Wenn sie ihrem zweyten Ehemanne mehr zugewendet hat, als die *Lex Papia* erlaubte. Dieses Gesetz verordnete, daß ein Ehegatte, der mit dem andern keine gemeinschaftliche Kinder hatte, *matrimonii nomine* mehr nicht als den zehnten Theil erhalten, jedoch wenn er Kinder aus erster Ehe hätte, noch soviel Zehntheile bekommen solle, als deren Zahl beträgt. S. HEINECCII Commentar. ad leg Iul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. c. 14. Wenn nun also die Mutter dem zweyten Manne alles Vermögen, um es nach ihrem Tode zu behalten, zum Heyrathsgute gegeben hatte, so konnten die Kinder der ersten Ehe in diesem Fall soviel zurückfordern, als der Stiefvater über die Summe der *Lex Papia* bekommen hatte. Diese Lex Papia hat nachher Justinian aufgehoben. Ueberhaupt aber ist für die Kinder der erstern Ehe durch ein neueres Gesetz, nämlich durch die Verordnung der Kaiser Leo und Anthemius *L. 6. C. de secund. nupt.* besser gesorgt worden, daher hat Tribonian diese Constitution aus dem Justinianeischen Codex weggelassen, und blos den Fall von der Mutter, welche durch pflichtwidrige Bestellung eines Heyrathsgutes ihren Kindern den Pflichttheil entzogen hat, in das erstere Gesetz übertragen. Man sehe *Iac* GOTHOFREDI Comm. ad h. L. 2. C. Th. de inoff. donat. T. I. p. 214. sq. und Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 426. S. 317.

82) die Worte *leges legibus concordare* haben hier keinen rechten Sinn, so sehr sich auch *Ant.* FABER de Errorib. Pragmatic. Dec. XCIX. Err. 3. bemüht hat, einen hineinzubringen. Aus dem Theodosianischen Codex c. l. erhellet deutlich, daß die Leseart unrichtig sey, wo es bloß heißt: *legibus concor-*

ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus *emolumenta debita* conferantur. Dat. 4. Cal. Iunii, *Tatiano* et *Cereale* Coss. 358.

Nach den Worten dieses Gesetzes, so wie es vom Tribonian interpolirt worden ist, ist hier von einem solchen Falle die Rede, da eine Mutter durch unmäßige Bestellung eines Heyrathsgutes ihr Vermögen gänzlich erschöpft, und dadurch ihre Kinder um den Pflichttheil gebracht hatte. Mehrere besonders ältere Rechtsgelehrte wollen mit Baldus und Bartolus dieses von einer Mutter verstehen, welche ihrem zweyten Ehemanne zum Nachtheil der Kinder der erstern Ehe ihr ganzes Vermögen zum Heyrathsgute auf eine solche Art überlassen hat, daß es derselbe nach ihrem Tode behalten solle; und wollen daher blos auf diesen Fall die Verordnung des Gesetzes einschränken. Man sagt, Tribonian habe hier die *L.* 2. *C. Th. de inoff. dot.* vor Augen gehabt, und aus dieser müsse also die L. un. C. Iust. interpretirt werden [83]). Es soll also unser Gesetz keine Anwendung finden, wenn die Mutter ihr Vermögen ihrem ersten Ehemanne zum Heyrathsgute dergestalt gegeben hätte, daß er es nach ihrem Tode behalten solle. Hier

cordare promtum est. Diese richtigere Leseart haben auch alte Mspta. Die Worte selbst aber haben den Sinn: facile intelligitur, legibus convenire. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 2. C. Th. de inoff. dot. und Westphals angef. Theorie §. 425.

83) MOLINAEUS in Tr. de inoff. testam. donationib. et dotibus §. 72. TRENTACINQUIUS de iure dotium Lib. III. Resolut. III. nr. 4. SICHARDUS ad Codic. Tit. de inoff. dot.

Hier sollen die mit ihrem Manne erzeugten Kinder darum keine Klage haben, weil sie ihren Vater ohnehin beerbten, und also durch die Handlung der Mutter nicht verletzt worden wären. Allein diese ganze Erklärung streitet offenbar gegen den Geist des Gesetzes. Ohne Zweifel gebührt ja der Pflichttheil den Kindern so gut aus der mütterlichen, als der väterlichen Verlassenschaft, und kann auf keine Weise beschwert werden. Wollte man ihnen nun die Querel in diesem letztern Falle absprechen, so müßten ja die Kinder warten, bis einmal der Vater stirbt, dazu sind sie aber nicht verbunden, da ihnen der Pflichttheil gleich nach dem Tode der Mutter gebührt, wie auch **Wesenbec**[84]) und **Brunnemann**[85]) mit Recht gegen jene irrige Erklärung erinnert haben. Hätte **Tribonian** die *L. un.* bloß auf den Fall der *L. 2. Cod. Theod. de inoff. dot.* einschränken wollen, so hätte er das ganze Gesetz eben so gut, wie die *L. 2.* des Theodosianischen Codex, weglassen können, weil ja den Kindern der erstern Ehe in diesem Falle schon ein vortheilhafteres Rechtsmittel aus der *L. 6. Cod. de sec. nupt.* zusteht, nach welchem kein in zweyter Ehe lebender Ascendent seinem zweyten Ehegatten unter keinerley Titel, auch nicht als Heyrathsgut, von seinem Vermögen mehr zuwenden darf, als ein Kind erster Ehe bekommt.

Nach dem Geiste des Gesetzes, welcher dahin abzweckt, Verletzungen der Notherben im Pflichttheile durch unmäßige Dotationen zu verhüten, läßt sich also eine dos inofficiosa in folgenden Fällen gedenken:

M 5 1) wenn

84) Comm. ad L. un. Cod. cit. nr. 43.

85) Commentar. ad eand. L. Cod. nr. 4.

1) wenn Eltern, es sey Vater oder Mutter, einer Tochter einen solchen Brautschatz aus ihrem Vermögen gegeben haben, daß dadurch die übrigen Kinder um ihren Pflichttheil gebracht, oder darin verkürzt worden sind[86]).

2) Wenn die Mutter ihr ganzes Vermögen, oder den größten Theil desselben, ihrem Ehemanne zum Heyrathsgute dergestalt zugewendet hat, daß er es dereinst nach ihrem Tode behalten soll, und hierdurch ihren Kindern den Pflichttheil entzogen oder wenigstens geschmälert hat. Sind dadurch die Kinder der ersten Ehe verletzt worden, so ist es streitig, ob von der querela inofficiosae dotis Gebrauch zu machen sey? Mehrere Rechtsgelehrten tragen kein Bedenken, dieses zu bejahen, und zwar behaupten einige[87]), die *querela inofficiosae dotis* concurrire mit dem *remedio L. 6. Cod. de secund. nupt.* dergestalt, daß die Kinder mittelst der Querel ihren Pflichttheil fordern, durch das andere Rechtsmittel aber noch auf Theilung des übrigen von ihrer verstorbenen Mutter zum Brautschatz verwendeten Vermögens gegen ihren Stiefvater klagen könnten. Andere[88]) hingegen lassen hier bloß die *Querelam inofficiosae dotis* zu, weil sie glauben, daß sie den Kindern vortheilhafter sey, als jenes *remedium L. 6. C. de sec. nupt.* Denn mittelst der Querel könnten die Kinder das ganze Vermögen ihrer Mutter von dem

86) PEREZ Praelect. in Cod. Tit. de inoff. dot. nr. 4. WISSENBACH Comm. ad Cod. eodem Tit.

87) BRUNNEMANN in Commentar. ad Tit. Cod. de inoff. dot. nr. 5. und REINHARTH cit. Diss. Sect. II. §. 41.

88) Schmidt im theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 3. B. §. 559.

dem Stiefvater abfordern, weil hier die Mutter durch eine pflichtwidrige Handlung ihr Vermögen einem Fremden zugewendet hat. Allein die letztere Meinung beruhet auf einer falschen Voraussetzung, wie sich nachher ergeben wird. Die erstere Meinung hingegen läßt sich darum nicht vertheidigen, weil die Querela inofficiosae dotis eben so, wie die Klage des lieblosen Testaments, nach deren Beyspiel sie eingeführt worden ist, ein bloß subsidiarisches Rechtsmittel ist, welches nur dann Statt hat, wenn es an einem andern hinlänglichen Rechtsmittel fehlt [89]). Ein solches ist nun aber hier in dem *beneficio L. 6. Cod. de secund. nupt.* allerdings vorhanden. Daher ist diese Meinung mit Perez [90]), Wissenbach [91]) und andern billig zu verwerfen. Ein anders wäre, wenn die *L. 6. C. de secund. nupt.* in einem gegebenen Falle nicht zur Anwendung kommen könnte [92]).

3) Wenn eine Tochter ihr ganzes Vermögen ihrem Manne zum Heyrathsgute unwiderruflich zugewendet, und, da sie ohne Kinder verstorben, ihren Eltern den schuldigen Pflichttheil dadurch entzogen hat [93]). Endlich

4) wenn

89) WESENBEC Commentar. ad Cod. Tit. de inoff. dot. nr. 18.

90) Praelect. in Cod. Tit. de inoff. dot. nr. 2.

91) Comm. ad Cod. eodem Tit.

92) Z. B. die Kinder der ersten Ehe haben auf die L. 6. Verzicht gethan. S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de restricta de bonis suis in favorem secundi coniugis disponendi facultate. *Goett.* 1768. §. 15. Oder die Lex 6. Cod. ist in einem Lande durch besondere Gesetze oder durch eine conträre Observanz aufgehoben, wie z. B. in Sachsen. S. CARPZOV. P. II. Const. XLIII. Definit. 17.

93) MERLINUS in Tr. de legitima Lib. II. Tit. I. Qu. 20. nr. 18. WESENBEC c. l. nr. 45.

4) Wenn ein Bruder oder Schwester durch Ausstattung einer schändlichen Person, oder wenn eine Schwester ihr Vermögen durch Zuwendung desselben zum Brautschatz an einen solchen Ehemann, der eine ehrlose oder anrüchtige Person ist, zum Nachtheil ihrer Geschwister, welchen unter diesen Umständen der Pflichttheil gebührt, verschwendet hat [94].

In allen diesen Fällen ist der nämliche Grund, Verletzung des Pflichttheils durch unmäßige Ausstattung, vorhanden, daher die Anwendung des Gesetzes um so weniger einigem gegründeten Zweifel unterworfen ist, da die querela inofficiosae dotis nach dem Beyspiel der querelae inofficiosi testamenti ist eingeführt worden.

Die *Querela inofficiosae dotis* wird nun also von dem im Pflichttheile verletzten Notherben gegen den Ehemann [95], der das zur Ungebühr bestellte Heyrathsgut empfangen, oder auch gegen die pflichtwidrig ausgestattete Tochter oder Schwester, und auch deren Erben angestellt [96], und geht dahin, daß der Beklagte soviel, als der Pflichttheil des Klägers beträgt, oder daran fehlt, von dem zum Brautschatz empfangenen Vermögen herausgebe [97]. Ob bey der Bestellung des Heyrathsguts die Absicht obge-

94) REINHARTH l. TAPPEN cit. Diss. Sect. II. §. 42.

95) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmat. Dec. XCIX. Err. 3. und REINHARTH cit. Diss. §. 43.

96) WESENBEC c. l. nr. 48. SUENDENDOERFFER Tr. de actionib. successor. pag. 264. et 266.

97) Durch die Querel kann also nie das ganze Heyrathsgut zurückgefordert werden, auch nicht einmal in dem Falle, den

obgewaltet habe, die Notherben um ihren Pflichttheil zu bringen, oder nicht, ist gleichviel [98]), so wie es denn auch darauf

den Schmidt im theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch. 3. B. §. 559. ausnimmt, nämlich wenn die Mutter ihr ganzes Vermögen ihrem Ehemanne zum Heyrathsgute, welches er dereinst nach ihrem Tode behalten soll, zugewendet, und dadurch ihre Kinder um ihren Pflichttheil zu bringen gesucht hat. Daß diese Klage nur auf den Pflichttheil gehe, beweisen die Worte der *L. un.* ut filiis conquerentibus EMOLUMENTA DEBITA conferantur, ganz deutlich. Auch der alte Interpres bey *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad Cod Theod. Tom. I. pag. 211. versteht jene Worte nicht anders. Dieser interpretirt nämlich die *L. 1. C. Th. de inoff. dot.* woraus die *L. un. C. Iust.* geflossen ist, folgendermassen: *Quoties per dotem ita omnis hereditas evacuata probatur, ut quarta hereditatis ipsis non fuerit reservata, liceat filiis ad similitudinem inofficiosi testamenti contra dotem agere, et debitam sibi portionem ex lege repetere.* Hierin stimmen nun auch fast alle Rechtsgelehrten überein, als WESENBEC c. l. nr. 51. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 1. C. Th. cit. Tom. I. P. 213. *Card. de* LUCA in Theatr. veritatis et Iustit. Tom. IV. Disc. CLVI. de dote nr. 2. pag. 430. PEREZ in Praelect. in Tit. Cod. de inoff. dot. nr. 2. WISSENBACH in Comm. ad eund. Tit. pag. 181. PACIUS in Analys. Cod. eod. Tit. pag. 262. u. a. m. Selbst diejenigen pflichten hier bey, die sonst in Ansehung der Querela inofficiosae donationis anderer Meinung sind, als *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. c. l. Dieser setzt den Unterschied darin, weil dotis constitutio keine blose causa lucrativa sey. *Dotis enim titulus,* sagt er, *onerosus est, quantum ad maritum, propter onera matrimonii,* L. ult. §. 1. D. Quae in fraud. creditor. L. 19. D. de Obligat. et actionib. *quamvis Veteres dotis dationem etiam inter donationes annumerarent, ut* IUSTINIANUS *refert in* L. 20. C. de donat. ante nupt. *scilicet ex parte dantis, non ex parte mariti accipientis, ideoque minus ex dote,*

darauf nicht ankommt, ob der Beklagte um die Verletzung des Pflichttheils gewußt habe, oder nicht [99]). Da jedoch diese Querel nach dem Beyspiel der Klage des lieblosen Testaments ist eingeführt worden, so kann sie erst nach dem Tode desjenigen, welcher das Heyrathsgut pflichtwidrig bestellt hat, wenn auch die Ehe selbst, wegen welcher die Ausstattung geschahe, alsdann noch nicht getrennt seyn sollte, angestellet werden [100]). Ihre Dauer ist nach dem Beyspiel der querelae inofficiosi auch nur auf fünf Jahre eingeschränkt. **Wesenbec** [1]), Cardinal *de* LUCA [2]), **Meier** [3]) und **Reinharth** [4]) wollen zwar behaupten, die Klage dauere dreyßig Jahre. Allein es treten hier eben diejenigen Gründe ein, welche bey der querela inofficiosae donationis (S. 176.) ausgeführt worden sind. Mit mir stimmen **Jul. Pacius** [5]), **Donellus** [6]) und **Suendendörffer** [7]) überein.

Uebri-

dote, quam fieri possit, marito auferendum est, qui non aliter uxorem ducturus fuit. L. 62. in fin. D. de iure dot. Man sehe auch TAPPEN cit. Diss. §. 44.

98) WESENBEC nr. 31.

99) TAPPEN cit. Diss. §. 43.

100) PEREZ Praelect. in Cod. cit. Tit. nr. 4. MERLINUS in Tr. de legitima Lib. II. Tit. I. Qu. 20. nr. 9. sqq. *Card. de* LUCA c. l. nr. 6. pag. 432. und REINHARTH cit. Diss. §. 45.

1) l. c. nr. 55.

2) l. c. Disc. CLVI. nr. 11.

3) Colleg. Argentorat. Tom. I. Tit. de inoff. testam. §. 68. pag. 431.

4) Diss. cit. §. 46.

5) Analys. Codic. Tit. de inoff. dotib. pag. 262.

Uebrigens muß auch bey der Beſtellung eines Heyrathsgutes, um zu beſtimmen ob und wie weit ſie für pflichtwidrig zu halten ſey, auf den Beyſtand des Vermögens ſowohl im Augenblick der vollzogenen Dotation, als zur Zeit des Todes des Conſtituenten geſehen werden [8]). War ſie zu der Zeit, da ſie geſchahe, nicht pflichtwidrig, ſo kommt die nachherige Verringerung des Vermögens nicht in Betrachtung [9]). Es gilt hier alles, was oben (S. 97.) bey der donatione inofficioſa bemerkt worden iſt.

2) Die den Pflichttheil verletzende Veräußerungen, welche der Erblaſſer bey ſeinem Leben unternommen hat, können nun auch ſolche ſeyn, welche *titulo oneroſo* geſchehen ſind. Z. B. wenn der Erblaſſer einen nachtheiligen Vergleich oder Tauſch eingieng, oder eine Sache unter ihrem wahren Werth verkaufte, oder um einen ſehr hohen Preis kaufte, und zwar in der böſen Abſicht, um ſeine Notherben um ihren Pflichttheil zu bringen. In dieſen Fällen wird den Notherben in der Praxis die *actio quaſi Calviſiana*, und *quaſi Faviana* gegen den geſtattet, an welchen die bößliche Veräußerung geſchehen iſt, er ſey in bona oder mala fide; wodurch die geſchehene Veräußerung, ſoweit dem Kläger dadurch in ſeinem Pflichttheile geſchadet worden iſt, revocirt werden kann.

5) Comm. iuris civ. Lib. XIX. cap. 11. in fin.

7) Tr. de actionib. ſucceſſor. Membr. III. Art. V. §. 23. p. 265. et. Art. VI. §. 23. pap. 268.

8) REINHARTH ſ. TAPPEN cit. Diſſ. §. 47.

9) HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. V. Obſ. 602. nr. 3. p. 17. und Thibaut Syſtem des Pandectenrechts. 2. Th. §. 1108.

kann [10]). Direct sind diese Klagen bey den Römern zum Besten der Patronen eingeführt worden, wenn ihre Freygelassenen durch Veräußerungen ihr Vermögen bey ihrem Leben in der Absicht vermindert hatten, um dadurch den Patron um die Succeßion zu bringen, welche demselben zuweilen ex asse, zuweilen zu einem gewissen gesetzlich bestimmten Antheil gebührte. In diesem Falle konnte nun der durch eine solche pflichtwidrige Alienation verletzte Patron, wenn der Freygelassene ein Testament hinterlassen hatte, mit der *actio Faviana* [11]), wenn er hingegen ohne Testament verstorben war, mit der *actio Calvisiana* das Veräußerte zurückfordern, soweit dadurch der dem Patron gebührende Erbtheil war geschmälert worden [12]). Diese Klagen gestattete

10) Man sehe BOEHMER doctr. de actionib sect. II. Cap. III. §. 41. Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 570. folgg.

11) Hellfeld nennt diese Klage §. 1262. irrig actio *Favisiana*. Ich will es indessen gern für einen Druckfehler halten. Allein es verdient doch den gerechtesten Tadel, daß dieser und so viele andere zum Theil höchst lächerliche Druckfehler, (wie z. E. der §. 1691. not. u. wo statt *dupli*, pupilli gelesen wird) in der neuesten fälschlich unter dem Namen des würdigen Hern Geh. Justizraths Oelze (*Ienae* 1801.) erschienenen Ausgabe dieses Lehrbuchs unverbessert geblieben sind. Man würde es dem unbefugten Editor Dank wissen, wenn er, statt dieses Lehrbuch durch ungesittete Ausfälle auf verdienstvolle Männer, z. B. einen Koch, Haubold u. a. m. zu entstellen, oder mit seinen ohne Kopf und Auswahl aus Lipenius geradehin abgeschriebenen litterärischen Zusätzen zu überladen, lieber jene Fehler zu verbessern gesucht hätte.

12) Vid. Tit. Pand. *Si quid in fraudem patroni factum sit* (XXXVIII. 5.) *L. 1. Cod. eodem.*

stattete man nachher auch einem arrogirten Unmündigen, wenn der Arrogator sein Vermögen bey seinem Leben in der Absicht vermindert hatte, um dem Unmündigen den vierten Theil der Güter zu entziehen, welcher demselben nach der Verordnung des Krs. Pius z. B. in dem Falle gebührt, wenn er ohne rechtmäßige Ursache emancipirt worden ist [13]). Nach dieser Analogie giebt nun die Praxis jene Klagen auch den Kindern, wenn der Vater durch onerose Veräußerungen unter den Lebendigen sein Vermögen in der Absicht geschwächt hat, um sie um ihren Pflichttheil zu bringen [14]). Diese actio *quasi Calvisiana* und *quasi Faviana* unterscheiden sich jedoch darin von den oben angeführten Querelen,

1) daß sie auf Seiten des Erblassers einen Dolus voraussetzen [15]), welcher jederzeit von dem Kläger bewiesen werden muß, weil es zur Begründung der Klage gehört [16]). Auf Seiten des Beklagten kommt es zwar nicht darauf an, ob er in bona oder mala fide ist. Doch hat derselbe, wenn ihm eine Sache von dem Erblasser zum Nachtheil seiner Notherben zu wohlfeil verkauft worden, die Wahl, ob er dasjenige noch nachzahlen will, um wieviel er

13) *L. 13. D. Si quid in fraud. patroni.*

14) FACHINAEUS Controvers. iur. Lib. VI. cap. 85. BRUNNEMANN Comment. ad L. fin. D. Si quid in fraud. patr. LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. Lib. XXXVIII. Tit. 5. §. 3. LEYSER Specim. XCI. medit. 2.

15) *L. 1. § 4. D. eod.*

16) *L. 1. §. 1. D. eod. L. 6. D. de probation.* Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 3. B. §. 574.

er die Sache zu wohlfeil erhalten, oder ob er die Sache selbst wieder zurückgeben und sein Kaufgeld wieder nehmen will. Ist er hingegen der Verkäufer, dem die Sache zu theuer abgekauft worden; so kann er, wenn er will, entweder das zuviel Erhaltene wieder herausgeben, oder die Sache zurück nehmen, und das ganze Kaufgeld restituiren [17]).

2) Die Klagen sind blos persönliche, jedoch perpetuirliche Klagen, welche erst nach 30 Jahren erlöschen [18]).

Darin aber kommen sie mit den Querelen überein, daß sie nur subsidiarische Rechtsmittel [19]) sind, und nur auf den Pflichttheil gehen [20]). Sie fallen jedoch weg, wenn die veräußerte Sache nicht mehr existirt [21]). Der Beklagte muß sie nur nicht dolose zu besitzen aufgehört haben. Sonst findet das iuramentum in litem wider ihn Statt [22]).

Cujaz

17) *L.* 1. §. 12. *et* 13. *D. Si quid in fraud. patroni.* BOEHMER c. l. und Schmidt a. a. O. wollen zwar dem Beklagten diese Wahl nur dann gestatten, wenn er in bona fide ist. Allein die angeführten Gesetze unterscheiden nicht. S. MEIER Colleg. Argentorat. Lib. XXXVIII. Tit. 5. §. 7. nr. VI. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. II. Tit. Si quid in fraud. patroni. nr. IV. pag. 625.

18) *L.* 1. §. 26. *L.* 3. §. 1. *D. eodem.*

19) *L.* 1. §. 19. *D. Si quid in fraud. patr. L.* 16. *pr. et* §. 2. *D. de iure patron.*

20) *L.* 1. §. 11. *et* 21. *D. Si quid in fraud. patroni. L.* 1. *C. eodem.*

21) *L.* 10. *D. eodem.*

22) *L.* 5. §. 1. *D. eodem.*

Cujaz[23]), Crell[24]) und Hommel[25]) wollen jedoch den Gebrauch dieser Klagen bezweifeln, theils weil die Gesetze nicht einmal hierin den Vater einem Patron gleichgeachtet wissen wollen, um ihm diese Klagen zu gestatten[26]); theils weil solche pflichtwidrige Veräußerungen doch am Ende alle auf eine solche Freygebigkeit oder Schenkung unter den Lebendigen hinauslaufen, derentwegen den Notherben schon die Querela inofficiosae donationis zusteht. Allein so erheblich auch diese Gründe an sich sind, so würde sich doch noch immer zur Rechtfertigung der in der Praxis den Kindern gestatteten Quasi Calvisianischen und Quasi Favianischen Klage mit Grund dagegen einwenden lassen, daß der Gebrauch derselben noch keinesweges dadurch aufgehoben werde, wenn die Gesetze diese Rechtsmittel dem Vater in der Maße absprechen, wie sie dem Patron zustanden, da doch die Gesetze selbige den arrogirten Unmündigen wegen der ihnen gebührenden Quarte ausdrücklich einräumen, und diese Rechtsmittel darin vortheilhafter, als jene Querel, sind, daß sie erst nach dreyßig Jahren erlöschen. Nicht zu gedenken, was besonders **Brunnemann**[27]) erinnert, daß auch in Ansehung des Vaters sich die Sache durch das neuere

23) Tract. I. ad African.

24) Diss. Utrum liberi actione quasi calvisiana venditiones parentum inofficiosas revocare possint? *Vitemb.* 1739.

25) Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 602. nr. 6. pag. 18.

26) *L. 2. D. Si a parente quis manumiss. sit.* Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam *Faviana* aut *Calvisiana* actio ei detur; quia iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.

27) Commentar. ad L. 2. D. Si a parente quis manumiss.

Röm. Recht geändert zu haben scheine, seitdem die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** die Querelam inofficiosae donationis auch den Eltern gegeben haben [28]). Konnten nun also die Kinder durch keine Schenkungen unter den Lebendigen den Pflichttheil der Eltern weiter verkürzen, so kann ihnen nun auch der Grund, aus welchem **Cajus** [29]) dem Vater die Calvisianische Klage abspricht, *quia iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem,* keinesweges mehr zum Deckmantel gereichen, um den Eltern durch onerose Veräußerungen unter den Lebendigen den Pflichttheil böslicher weise zu entziehen.

Uebrigens ist im Allgemeinen noch zu bemerken,

1) daß bey den bisher erklärten Rechtsmitteln eine zum Nachtheil des Pflichttheils der Notherben wirklich geschehene Verminderung des Vermögens des Erblassers vorausgesetzt wird. Wenn daher der Erblasser etwas blos zu erwerben unterlassen haben sollte, z. B. er hat eine ihm angefallene Erbschaft, oder ein ansehnliches Vermächtniß ausgeschlagen, gesetzt auch, es sey in der Absicht geschehen, um dadurch seinen Notherben zu schaden, so finden jene Klagen nicht Statt [30]).

2) Daß diese Klagen auch auf die Erben übergehen [31]).

§. 151.

28) *L. 4. C. de inoff. donat.*

29) *L. cit. 2. D. Si a parente quis manumiss.*

30) Arg. *L. 2. 3. 4. 7. et 8. C. de inoff. donat. L. un. C. de inoff. dot. L. 1. §. 6. D. Si quid in fraud. patroni.* **Pütters** auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 1. Th. Resp. CCLIX. **Schmidts** theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 3. Th. §. 570. S. 43.

31) *L. 1. §. 26. D. Si quid in fraud. patroni.*

§. 551.

Enterbung und Präterition der Notherben, deren Wirkungen, und dagegen eingeführte Rechtsmittel. Was ist ein testamentum inofficiosum?

Der letzte und wichtigste Fall, der jetzt noch zu erörtern übrig ist, ist

IV. der, wenn Notherben im Testament des Erblassers, der ihnen den Pflichttheil zu hinterlassen schuldig war, enterbt, oder präterirt worden sind. Um nun zu bestimmen, was den Notherben in diesem Falle für Rechtsmittel zustehen, muß vor allen Dingen das Nöthige von den Wirkungen der Exheredation und Präterition vorausgeschickt werden [32]. Unter der Enterbung versteht man im eigentlichen Sinn die ausdrückliche Erklärung des Erblassers, daß derjenige, dem sonst der Pflichttheil gehört hätte, nicht Erbe seyn solle, welche in einem Testamente auf eine gesetzmäßige Art geschehen ist. Eine solche Enterbung findet also

32) *Luc. van de* POLL de exheredatione et praeteritione Rom. atque hod. liber. sing. *Ultrajecti* 1712. 4. *Ios.* FINESTRES Praelection. Cervariens. s. Commentar. academ. ad Tit. Pand. de liberis et postumis heredib. instit. vel exhered. *Cervariae* 1750. 4. *de la* LANDE Comm. ad Tit. Cod. de liberis praeterit. vel exheredat. (in MEERMANNI *Thes. iur. civ. et canon. Tom. IV.* pag. 400.) *Io. Nic.* SCHEDELL (WEBER) Diss. de eo, quod circa materiam exheredationis et praeteritionis Nov. 115. c. 3. mutatum est. *Giessae* 1725. *Car. Christ.* HOFACKER Diss. sistens historiam iuris civ. de exhaeredatione et praeteritione ad interpretationem Nov. CXV. et L. 4. C. de lib. praet. *Tübingae* 1782. 4. u. Fried. Christ. Boock systemat. Entwickelung der Lehre von der Enterbung nach Röm. Justin. Recht. Schleswig 1799. 8.

1) nur bey Notherben statt. Zuweilen wird zwar der Ausdruck *exheredare*, in den Röm. Gesetzen auch von willkührlichen Erben gebraucht, welche im Testament eingesetzt worden sind, allein auf einen gewissen Fall enterbt seyn sollen [33]). Dieß geschieht aber in einem ganz uneigentlichen Verstande [34]).

2) Sie ist eine Ausschließung von der ganzen Erbschaft. Nach dem ältern Römischen Recht kam zwar nichts darauf an, ob man den Notherben ganz ausgeschlossen, oder ihm seinen Pflichttheil nicht ganz vollständig hinterlassen hatte. Es konnte in dem einem Falle so gut, wie in dem andern, die Inofficiositätsklage angestellt werden, wie **Wilh. Ranchinus** [35]) und **Anton Schulting** [36]) gezeigt haben. Denn man mußte dem Notherben seinen Pflichttheil vollständig hinterlassen haben, wenn man sein Testament gegen die Querel vollkommen sichern wollte [37]), oder glaubte man, daß dasjenige, was man ihm zum Pflichttheil

33) Man sehe z. B. *L.* 44. *D. de heredib. instit.* *L.* 27. *D. de L. Falcid.* *L.* 41. §. 8. *D. de Legat. III.*

34) Ein Beyspiel giebt uns die alte Cretionsformel bey Ulpian *Fragm. Tit. XXII.* §. 27. Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris, poterisque; nisi ita creveris, exheres esto.

35) Variar. Lection. Lib. III. cap. 6. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 954.)

36) Ad. *Iul.* PAULI *Sentent. Recept.* Lib. IV. Tit. V. §. 7. not. 21. in Iurisprud. Antejustin. pag. 398.

37) *L.* 8. §. 8. *et* 9. *D. h. t.* *L.* 2. *Cod. Gregor. eod.* *L.* 30. *L.* 31. *C. Iust. eodem.* *Ian. a* COSTA in Comm. ad §. 3. I. de inoff. testam.

theil hinterließ, noch nicht hinreichend seyn möchte, so mußte man wenigstens ausdrücklich in seinem Testament erklären, daß das Fehlende boni viri arbitratu ergänzt werden sollte. In diesem Falle fiel schon vor **Justinian** die Querel weg, und der Notherbe konnte bloß auf Ergänzung des Pflichttheils klagen, wenn derselbe nach dem Bestand der Erbmasse nicht vollständig war[38]). Daß aber alles dieses **Justinian** geändert habe, ist schon oben (S. 145.) vorgekommen. Nach dem neuern Röm. Rechte ist also ein Notherbe nur dann für enterbt zu halten, wenn er von der Erbschaft gänzlich ausgeschlossen worden. Ist er instituirt, wenn gleich nur in einem so geringen Theile der Erbschaft, daß dieser bey weitem den Pflichttheil nicht erschöpft, so kann das Testament nicht als lieblos angefochten, sondern nur auf die Ergänzung des Pflichttheils geklagt werden, der Testator mag es ausdrücklich gesagt haben, daß der Pflichttheil ergänzt werden solle, oder nicht. (S. 145. Nr. 3.)

3) Die Enterbung ist eine ausdrückliche Ausschließung des Notherben. Es kommt zwar hierbey nicht auf bestimmte Worte und Formeln an, mit welchen sie geschieht. Diese sind durch Kaisers **Constantius**[39]) Verordnung aufgehoben, welche nicht blos von der Erbeseinsetzung, sondern auch von der Enterbung gilt. Daher sagt **Justinian**[40]), wenn Jemand seinen Sohn auf folgende Art ausgeschlossen hätte: *filius meus alienus meae substantiae fiat*, so

38) *L. 4. Cod. Theod. de inoff. testam.*

39) *L. 15. C. de testam.* S. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 227. ff.

40) *L. 3. C. de liber. praeterit.*

so sey dieß eine wahre Exheredation [41]). Es muß aber doch die Sache selbst, nämlich daß die Person, der ich sonst den Pflichttheil hätte hinterlassen müssen, nicht mein Erbe seyn solle, im Testament wirklich, gleichviel, mit welchen Worten, ausgedruckt seyn. Es ist daher für eine Enterbung zu halten, wenn der Vater in seinem Testament gesagt hat: meinen Sohn übergehe ich, oder ich verlasse ihm nichts, oder meinen Sohn habe ich mit Fleiß nicht bedacht, oder ich mag nicht an ihn denken, ich sehe ihn als tod an, u. dgl. [42])

4) Die Enterbung ist eine im Testament geschehene Willenserklärung des Erblassers. Sie kann also nicht in einem Codicill geschehen [43]). Daher wird es in den Gesetzen als ein Beweis angesehen, daß der Erblasser kein Codicill, sondern ein Testament habe machen wollen, wenn eine Enterbung darin enthalten ist [44]). Endlich

5) muß auch die Ausschließung, welche als eine Enterbung gelten soll, auf eine gesetzmäßige Art geschehen seyn. Denn sonst ist sie wie eine Präterition anzusehen.

Unter der Präterition oder Uebergehung eines Notherben versteht man eine solche Testamentsverordnung,

41) Die Gesetze brauchen noch verschiedene andere Redensarten, um die Enterbung auszudrücken; z. B. a successione excludi *L. 19. C. de inoff. testam.* ab hereditate repelli. *L. 33. §. 1. C. eodem:* a rebus testatoris alienari. *Nov. CXV. c. 4. pr.*

42) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 474. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 5. not. z.

43) §. 2. *I. de codicill. L. 2. C. eodem.* FINESTRES cit. Praelect. P. IV. cap. II. §. 2.

44) *L. 14. C. de testam.*

nung, nach welcher ein Notherbe weder gesetzmäßig insti- tuirt, noch auf die gehörige Art exheredirt worden ist[45]). Ein gänzliches Stillschweigen ist dazu nicht erforderlich, sondern es kann ein Notherbe präterirt seyn, dessen gleichwohl im Testament Erwähnung geschehen ist, nämlich

1) wenn er nicht gesetzmäßig enterbt worden ist; z. B. die Enterbung ist unter einer Bedingung geschehen[46]).

2) Wenn er nicht gehörig instituirt worden ist. Dahin gehört,

a) wenn den Kindern oder Eltern der Pflichttheil titulo singulari hinterlassen worden ist, ohne sie zu Erben einzusetzen.

2) Wenn Kinder, die noch in väterlicher Gewalt des Testirers waren, unter einer physisch oder moralisch unmöglichen Bedingung instituirt worden sind[47]); oder

3) wenn der Vater solche Kinder nur in einer Bedingung erwähnt hat. Z. B. wenn der Vater in seinem Testament gesagt hätte: wenn mein Sohn vor mir

 stirbt,

45) Justinian sagt §. 12. *I. de hereditat. quae ab int. def.* Liberi testamento patris *praeteriti* sunt, qui neque heredes instituti, neque, ut oportet, exheredati sunt. Man sehe hier vorzüglich FINESTRES in Praelect. Cervar. cit P. II. cap. 1. §. 2. und *Frid. Aug.* WEICHSEL Diss. de praeteritione iusta adiecta causa. *Giessae 1797.* wovon Herr Kanzler Koch der Verfasser ist. S. desselben Bonorum possessio S. 134.

46) *L. 68. in fin. D. de heredib. instit. L. 18. D. de bon. poss. contra tab.*

57) *L. 15. D. de condit. instit.* Was bey einer möglichen Bedingung Rechtens sey, ist oben S. 73. vorgekommen.

stirbt, soll Cajus mein Erbe seyn, so ist, wie Pomponius[48]) sagt, der Sohn für präterirt zu halten. Verschiedene Rechtsgelehrte[49]) wollen zwar diesen Satz als eine bloße Folge des alten römischen Formularwesens ansehen, und da dieses schon im neuern römischen Recht aufgehoben worden sey, so zweifeln sie an dessen heutigen Anwendbarkeit. Allein dagegen haben andere[50]) gezeigt, daß jener Rechtssatz in der Natur der Sache selbst gegründet, und den Regeln des Civilrechts vollkommen gemäß sey. Non enim conditio quicquam ponit aut definit circa ea, sagt Voet, quae conditione continentur, adeoque nec ius ullum attribuit personis, quae in conditione positae sunt, sed tantum suspendit actum illum, cui apponitur. Auf diesem Grundsatz beruhen eine Menge anderer

48) *L. 16. §. 1. in fin. D. de vulg. et pupill. substit.* — Si secundum testamentum ita fecerit pater, ut sibi heredem instituat, *si vivo se filius decedat*, potest dici non rumpi superius testamentum: *quia secundum non valet, in quo filius* PRAETERITUS *sit.*

49) WAHL Diss. de iusta liberos heredes instituendi forma §. 18. et 25. *Phil. Iac.* HEISLER Diss. de liberis positis in conditione, comprehensis etiam in dispositione. *Halae 1754.* §. 18. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 474. Not. 4.

50) VOET in Commentar. ad Pand. Tom. II. Lib. XXVIII. Tit. 2. §. 9. *Ant.* FABER Coniectur. iur. civ. Lib. IX. c. 10. et Lib. XVII. cap. 17. et 18. IDEM de Error. pragmaticor. Decad. XXVI Err. 1. seqq. DUARENUS ad Tit. Dig. de conditionib. institution. cap. 5. PEREZ Praelection. ad Cod. Lib. VI. Tit. 25. nr. 13. und besonders FINESTRES in Praelect. Cervar. cit. P. II. Cap. I. §. 6. seqq. pag. 33. sqq.

anderer Entscheidungen des Römischen Rechts, welche alle h. z. T. unnütz seyn würden, wenn man jenen Satz als eine Folge des alten römischen Formularrechts heut zu Tage verwerfen wollte [51]). Mit Recht behaupten daher Stryk [52]), Harpprecht [53]), Hofacker [54]) und Koch [55]), daß solche Kinder, deren der Vater in seinem Testament nur blos in einer Bedingung erwähnt hat, auch heut zu Tage nicht für stillschweigend eingesetzt, sondern für präterirt zu achten sind.

Hieraus läßt sich beurtheilen, ob es für eine Präterition zu halten sey, wenn der Vater in seinem Testament gesagt hat: meinen Sohn übergehe ich gänzlich, oder ich setze ihn nicht ein; weil er mich geschlagen hat. Van de Poll [56]), Finestres [57]) und Hofacker [58]) wollen diese Erklärung für keine rechtsbeständige Exheredation, sondern für eine Präterition halten. Allein das Gegentheil lehren mit Recht Fachinäus [59]), Bachov,

51) S. z. B. *L.* 8. *D. Si quis omissa caus. test. L.* 19. §. 1. *L.* 24. §. 1. *D. Quando dies legator. L.* 114. §. 13. *D. de legat. I.*

52) Cautel. Testamentor. Cap. XVI. §. 3.

53) Diss. de tacita heredis institutione. nr. 5. seqq. in EIUS *Dissertation. academ.* Vol. I. Diss. XXXVII. pag. 1369. seqq.

54) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1286. not. a.

55) Diss. cit. §. 3. seqq.

56) Libro cit. Cap. XIX. §. 11.

57) Praelect. Cervar. P. II. Cap. I. §. 10. seqq.

58) Diss. cit. §. 22.

59) Controvers. iuris Lib. VI. cap. 77.

Bachov[60]), Gomez[61]), Cocceji[62]) und Höpfner[63]). Es kommt hier nicht auf den Ausdruck übergehen, sondern auf das Wesen der Sache an. Nun läßt sich wohl mit Grund nicht bezweifeln, daß jene letzte Willenserklärung des Vaters für eine ausdrückliche Ausschließung zu halten sey.

So wenig es übrigens dem Wesen der Präterition widerspricht, wenn der Uebergangene dennoch im Testament genannt worden ist; eben so läßt sich ohne Widerspruch gedenken, daß die Uebergehung mit Anführung einer gerechten Ursache geschehen kann, ohne den Notherben selbst dabey zu nennen. Z. B. eine Mutter, welche einen Sohn und zwey Töchter hat, setzt den Sohn zum alleinigen Erben ein, mit dem Zusatz: denn er war der einzige, der sich meiner während meines Blödsinns angenommen hat[64]).

Ich komme nun wieder auf die Enterbung zurück. Diese kann aus einer zweyfachen Absicht geschehen. Sie geschieht nämlich entweder

1) zur

60) Ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. XI. Th. 1. lit. B.

61) Var. Resolut. Tom. I. Cap. XI. nr. 3. in fin.

62) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. Obj. 2. Man sehe hier auch EMMINGHAUS ad *Eundem* not. z.

63) Commentar §. 474. S. 519.

64) Es verdient hier vorzüglich die oben angeführte, und unter Weichsels Namen von Herrn Kanzler Koch geschriebene gründliche Dissertation de praeteritione iusta adiecta causa verglichen zu werden.

1) zur Bestrafung des Enterbten wegen seines schlechten Betragens gegen den Testirer. Dieses ist die Enterbung im eigentlichen Verstande, welche *exheredatio odiosa*, *exheredatio notae causa*, *malaque mente facta* genennt wird. Oder sie geschieht

2) zum eigenen Besten des Enterbten, in der Absicht, ihm sein Vermögen, seinen Unterhalt und Wohlstand zu erhalten. Dies ist die gutgemeinte Enterbung, *exheredatio bona mente facta*, von welcher Ulpian[65]) sagt: Multi non *notae causa* exheredant filios, nec ut eis obsint, sed *ut eis consulant*.

Jede Ausschließung eines Notherben, sie geschehe aus Haß, oder in guter Absicht, setzt, wenn sie gültig sey soll, eine rechtmäßige Ursache voraus[66]). Die Ursachen der Enterbung, welche

A. zur Bestrafung des Enterbten geschieht, waren ehemals nicht bestimmt. Alles war dem Ermessen der Centumviralrichter, welche besonders über Erbstreitigkeiten urtheilten[67]), überlassen, wenn die Frage davon war, ob der Enterbte die Enterbung verdient habe. Nicht selten entschieden auch die Kaiser den Streit durch Rescripte. Daher finden

65) *L. 18. D. de liber. et postum.*

66) Schon Paulus sagt *L. 7. pr. D. de bonis damnator.* Liberos, ne iudicio quidem parentis, *nisi meritis de causis*, summoveri ab eius successione posse.

67) PAULUS *Sentent. Recept.* Lib. V. Tit. 16. §. 2. *L. 13. L. 17. D. de inoff. testam.* L. *ult. C. de liber. praet* CICERO in *Verr. Orat.* I. cap. 42. QUINCTILIAN. *Institut. Orator.* Lib. V. c. 2. et Lib. VII. c. 4. PLINIUS Lib. VI. Epist. 33.

finden sich verschiedene Verordnungen im Justinianeischen Codex, worin manche Enterbungsursachen als billig bestätiget[68]), andere hingegen als unbillig verworfen werden[69]). Allein Justinian hielt es nicht für rathsam, eine Sache von solcher Wichtigkeit dem blosen Gutdünken der Richter zu überlassen. Er setzte daher gewisse Enterbungsursachen in der Novelle 115. Kap. 3. und 4. jedoch nur in Rücksicht der Descendenten und Ascendenten fest. Man behauptet zwar gewöhnlich, daß ein gleiches schon vorher auch in Rücksicht der Geschwister in der Novelle 22. Kap. 47. geschehen sey[70]), welcher Meinung unter den neuern Rechtsgelehrten noch insonderheit Bauer[71]), Westphal[72]) und Malblanc[73]) beystimmen. Allein dagegen ist schon von andern Rechtsgelehrten[74]) mit Grund erin-

68) *L.* 11. *L.* 19. *Cod. h. t.*

69) *L.* 18. *L.* 20. *L.* 33. §. 1. *Cod. eodem.*

70) FRANTZKIUS in Comm. ad Pand. h. t. nr. 76. LAUTERBACH Colleg. Pand. th. pract. h. t. §. 15. VOET Comm. ad Dig. h. t. §. 24. *Luc. van de* POLL cit. libr. cap. 64. §. 1. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 39.

71) Diss. de eo, quid iustum est circa formam exheredationis. (*Lipsiae* 1731.) §. 18.

72) Theorie des R. R. von Testamenten §. 607.

73) Princip. iur. Rom. sec. ord. Digestor. P. II. Sect. ult. §. 700. pag. 858.

74) COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. i. Tom. I. pag. 446. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. de successionib. §. 140. HOFACKER in Diss. sist. histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 31. und besonders in Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1694. Höpfner Commentar

erinnert worden, daß in der gedachten Novelle nicht von der Enterbung, welche ein Testament voraussetzt, sondern blos davon die Rede sey, in welchen Fällen ein undankbarer Bruder der gesetzlichen Erbfolge verlustig seyn soll[75]). Nun leidet es zwar keinen Zweifel, daß wenn dem übergangenen Bruder im Testament eine verächtliche Person ist vorgezogen worden, jener wohl schwerlich mit der Inofficiositätsklage etwas ausrichten dürfte, wenn der eingesetzte Erbe eine von den in der Nov. 22. angeführten Ausschließungsursachen zu beweisen im Stande wäre. Allein daraus läßt sich doch nicht der Schluß machen, daß Geschwister in dem Falle, da ihnen ein Pflichttheil gebührt, sich sonst aus keiner andern Ursache eine gerechte Enterbung oder Ausschließung im Testament zuziehen könnten, als aus welchen sie die Gesetze der Undankbarkeit wegen von der Intestaterbfolge ausschließen. Wie wenig der Schluß von der Unwürdigkeit zur Intestaterbfolge auf die Enterbung im Testament gilt, sieht man schon daraus, weil unter den in der Nov. 115. Kap. 3. und 4. bestimmten Ursachen, aus welchen Descendenten und Ascen-

tar über die Heinecc. Institutionen §. 477. und Book syst. Entwickel. der Lehre von der Enterbung §. 11.

75) Die Worte der Nov. 22. Kap. 47. im Anf. lauten nach Hombergks Uebersetzung so: Quoniam autem fratribus multas invicem contentiones esse scimus, eum solum *ut ingratum* erga fratrem in partem huius lucri venire non permittimus, qui vel *vitae fratris insidiatus* est, vel *criminis reum postulavit*, vel *ut bonis eum privaret*, operam dedit. Daß ohnehin die in dieser Novelle bestimmte Erbfolgeordnung durch die Nov. 118. wieder aufgehoben worden sey, will ich gar nicht erwähnen.

Ascendenten enterbt werden können, nur wenige gesetzlich ausgezeichnet sind, welche auch, außer dem Falle einer deshalb geschehenen Enterbung, von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen. In der That kämen die Geschwister sehr gut davon, wenn sie aus keinen andern Ursachen enterbt oder übergangen werden dürften, als aus denen sie sich der gesetzlichen Erbfolge unwürdig machen. Wer sollte aber wohl glauben, daß **Justinian** es bey diesen drey Ursachen würde haben bewenden lassen, da er bey den Descendenten vierzehen, bey den Eltern aber acht Ursachen der Enterbung bestimmt hat? Denn es leuchtet in die Augen, daß die Freyheit in Rücksicht letztwilliger Anordnungen um so weniger beschränkt seyn könne, je weiter das Band der Liebe ist, welches den Testirer mit dem Erben verbindet. Noch weniger aber ist zu glauben, daß **Justinian** in Rücksicht der Geschwister die Ursachen der Enterbung oder Präterition früher, als bey den Kindern und Eltern, bestimmt haben sollte, ohne in der Nov 115. ein Wort davon zu sagen. Aus diesem allen ergiebt sich ganz klar, daß in Rücksicht der Geschwister das alte Recht, welches die Enterbungsursachen der Beurtheilung des Richters überläßt, unabgeändert geblieben sey [76]). Ganz unrichtig hingegen ist es, wenn **Cocceji** [77]) und **Fuchs** [78]) behaupten wollen, daß in dem Falle, da eine turpis persona eingesetzt worden ist, die Ausschließung der Geschwister durch gar keine Ursache gerechtfertiget werden könne. Denn

76) Hierin stimmt auch **Thibaut** im System des Pandectenrechts 2. Th. §. 916. überein.

77) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 10.

78) Diss. de impugnatione testamenti fraterni. *Frfti. 1692.*

Denn die von ihnen anzustellende querela inofficiosi gründet sich ja doch wesentlich in einer unverdienten Ausschließung, es muß also auch die Einrede einer gerechten Ursache dagegen Statt finden, wie **Weber**[79]) sehr gründlich dagegen erinnert hat.

Soviel nun also die vom **Justinian** in der Nov. 115. Kap. 3. und 4. festgesetzten Enterbungsursachen selbst anbetrift, so hat der Kaiser bey der Bestimmung derselben nach dem verschiedenen Verhältniß der Descendenten und Ascendenten gegen einander auch einen Unterschied unter ihnen gemacht, und natürlich mehr Ursachen der Enterbung bey den Descendenten, als bey den Ascendenten bestimmt. Denn da die Eltern weniger Pflichten gegen die Kinder, als diese gegen jene, haben, welche sie als die Urheber ihres Daseyns verehren müssen, so können sie auch den Kindern nicht so viele Ursachen zu gerechtem Unwillen geben, als diese ihren Eltern.

I. Der Ursachen, aus welchen Descendenten nach der Nov. 115. Kap. 3. enterbt werden können, sind vierzehen. Sie sind theils

a) solche, die beyde Geschlechter angehen. Dahin gehören folgende.

1) Wenn Kinder sich an ihren Eltern mit Thätlichkeit vergreifen. (Si parentibus suis *manus intulerint*[80]). Nicht jede Realinjurie, wenn sie auch an sich zur Klage berech-

79) Zu Höpfners Commentar §. 477. Not. 4.

80) Einen Commentar über diese Worte giebt *Luc. van de* POLL cit. libr. cap. 48.

berechtiget, und richterliche Ahndung verdient, ist also schon als eine rechtmäßige Enterbungsursache anzusehen, welches hier besonders darum bemerkt zu werden verdient, weil es nach den römischen Gesetzen unzählige Fälle giebt, wo man durch Thätlichkeit die Ehre des andern kränken kann [81]); sondern nur solche Realinjurien gehören hierher, welche die Gesetze *atroces* nennen, wodurch man sich an der Person des Andern selbst vergreift [82]). Diese werden in den Gesetzen durch die Redensart *manus inferre* (ἐπιβάλλειν χεῖρας) bezeichnet [83]). Dahin gehören nun solche Thätlichkeiten, welche vorzüglich den Namen einer schimpflichen Behandlung verdienen, weil sie den Beleidigten nach der gemeinen Vorstellungsart in den Augen anderer besonders herabwürdigen, und ihn dem Gespötte aussetzen, oder als Merkmale und Wirkungen eines hohen Grades der Geringschätzung anzusehen sind, wie z. B. wenn ein Sohn seine Eltern mit Stockschlägen, Peitschenhieben, Maulschellen, oder sogenannten Nasenstübern mißhandelt, oder durch Anspeyen, Begiessen und andere Arten der Besudelung seine Verachtung gegen sie zu erkennen giebt [84]). Da sich ohne die Absicht zu beschimpfen, keine Injurie denken läßt, so versteht sich's, daß eine bloße Unvorsichtigkeit nicht genüge,

81) Man vergleiche z. B. *L.* 5. *L.* 13. §. 7. *L.* 15. §. 31. 32. *et* 33. *L.* 27. *L.* 44. *D. de iniur. L.* 1. §. 38. *D. depositi. L.* 53. *pr. D. de furtis. L.* 41. *D. ad L. Aquil.* S. Weber über Injurien und Schmähschriften. 1. Abth. §. 9. S. 89. folgg.

82) *L.* 7. §. 8. *L.* 9. *pr. D. de iniur.*

83) *L.* 1. §. 1. *D. de iniuriis.*

84) *L.* 1. §. 1. *D. de extraord. crim.* Weber a. a. O. S. 92. Feuerbach Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 288.

genüge, wenn gleich einige Rechtsgelehrten [85]) auch culpose Injurien, ohne bösen Vorsatz, annehmen wollen. Eben so wenig verdient Verletzung der Eltern aus Nothwehr die Enterbung [86]). Denn auch Kinder können gegen ihre Eltern zu einer rechtmäßigen Nothwehr schreiten, wenn die besondern Erfordernisse dazu vorhanden sind [87]). Das bloße Drohen mittelst Aufhebung der Hand oder eines Stocks (admentatio) ist ebenfalls noch nicht hinreichend, sondern es muß die Thätlichkeit vollbracht seyn [88]).

2) Wenn die Kinder andere grobe Injurien gegen die Eltern begehen, (si *gravem et inhonestam iniuriam* parentibus intulerint). Es ist zwar, überhaupt genommen, jede den Eltern von ihren Kindern widerfahrne Beschimpfung zu den groben Injurien zu rechnen [89]). Allein es wird hier, wenn die Folge der Enterbung deshalb eintreten soll, eine solche Beleidigung erfordert, die auch ohne Rücksicht auf jene Verbindung an sich selbst schon eine schwere Injurie seyn würde [90]). Dieser Grad der Beleidigung, welchen das Gesetz voraussetzt,

85) Klein peinl. Recht §. 213. Grollmanns Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 341. Allein man sehe Weber über Injurien 1. Abth. §. 5. und Feuerbach im angef. Lehrbuch §. 274.

86) *Luc. van de* POLL cit. cap. XLVIII. §. 26. seqq.

87) von Quistorp Grundsätze des peinlichen Rechts 1. Th. §. 240. Feuerbach Lehrbuch des peinl. Rechts §. 37.

88) MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXXII. Th. 33. not *β*. STRYK Caut. testamentor. cap. XIX. §. 25.

89) §. 9. *I. de iniur.* *L.* 7. §. 8. *D. eod.*

90) Weber über Injurien. 1. Abth. §. 13. S. 213.

um die Folge der Enterbung eintreten zu lassen, ist theils aus der Sache selbst, wenn man auf die Beschaffenheit der Handlung, der wörtlichen Aeußerung, oder anderer sinnlichen Darstellung Rücksicht nimmt, theils und vorzüglich in vorkommenden Fällen nach den besondern Folgen und Wirkungen, von denen gerade die Rede ist, zu beurtheilen [91]. Für solche grobe Injurien, welche die Enterbung verdienen, sind daher nur folgende zu halten,

α) wenn Kinder den Eltern wirklich entehrende Handlungen, Laster und Verbrechen wider die Wahrheit vorwerfen oder nachsagen [92]. Ist der Vorwurf in der Wahrheit gegründet, so kommt es auf die Art und Weise an, wie die Aeußerung geschahe. Geschahe dieselbe unter solchen Umständen, welche die äußere Handlung an sich betrachtet, als gesezwidrig darstellen, und die Absicht, die Eltern zu beschimpfen, unverkennbar an den Tag legen, so schließt die Wahrheit der Beschuldigung das Recht der Eltern, solche Kinder zu enterben, nicht aus [93]; dahingegen bey gänzlich fehlender Absicht zu beleidigen, die geschehene Beymessung eines begangenen Verbrechens, wenn sie z. B. blos animo monendi, und um den Vater oder die Mutter von dergleichen Fehltritten für die Zukunft abzuschrecken, geschahe, keinesweges als Injurie zu betrachten ist [94]. Ob übrigens die

91) Weber 1. Abth. §. 13. S. 210. ff.

92) Weber a. a. O. §. 10. S. 118.

93) *Luc. van de* POLL cit. libr. cap. XLIX. §. 19. Weber 1. Abth. S. 183.

94) *Luc. van de* POLL c. l. §. 18.

die Schmähung öffentlich oder geheim geschahe, darauf kommt nichts an [95].

β) Wenn die Kinder den Eltern mit solchen Schelt- und Schimpfworten begegnen, die entweder wirkliche Verbrechen und ehrlose Handlungen bezeichnen; z. B. Spitzbube, Gauner, Dieb; oder auch, was man levis notae maculam zu nennen pflegt, andeuten z. B. Schinder; oder, wenn sie auch an sich gar keinen bestimmten Sinn haben, wie z. B. Schurke, Holunke, Hundsfott, doch in gemeinem Leben als allgemein angenommene Kennzeichen einer gänzlichen Verachtung oder Verspottung gelten. Dergleichen offenbare Unsittlichkeiten, welche nach gemeiner Denkart, Sitten und Gebräuchen als wirkliche Ehrenverletzungen durchgängig anerkannt sind, werden ohne Zweifel unter dem Ausdruck *inhonesta iniuria* verstanden, und begründen nicht nur an sich eine Injurienklage [96], sondern berechtigen auch die Eltern zur Enterbung ihrer Kinder. Zu den groben Injurien, welche die zweyte Enterbungsursache in sich begreift, gehören endlich

γ) auch besonders die sogenannten Pasquille [97], Schandgemälde und andere dergleichen symbolische Injurien, und Zeichen, wodurch man Andere ungebührlich verspottet,

 und

95) *Luc. van de* POLL c. l. §. 12. Anderer Meinung sind zwar HUBER Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 4. §. 3. und BOEHMER in iure Dig. Tit. de iniur. §. 4. Allein man sehe *L.* 15. §. 12. *et* 21. *D. de iniur.* und Weber §. 10. S. 121. Not. 13.

96) *L.* 15. §. 2. *seqq. D. de iniur.* Weber §. 10. S. 149. folg

97) Weber §. 13. S. 213. folgg.

und ihren guten Namen kränkt [98]). Es erhellet also hieraus, daß diejenigen [99]) irren, welche diese zweyte Enterbungsursache blos von **Verbalinjurien** erklären. Denn **Justinian** gebraucht den Ausdruck ὕβρις, wodurch jede Ehrenverletzung, jede Aeußerung in Worten oder Handlungen, welche die Erklärung einer positiven Verachtung in sich enthält, bezeichnet wird [100]); und die beygefügte Bestimmung *gravis et inhonesta iniuria*, welche hier gewiß kein Pleonasmus seyn soll, zeigt offenbar, daß nicht jede Injurie gegen die Eltern, obgleich solche überhaupt genommen immer atrox ist, hier genügen soll; sondern daß die obige Einschränkung dem Sinn des Gesetzgebers gemäß sey [1]). Es entstehen hier noch zwey sehr streitige Rechtsfragen.

Erstens:

98) Von den sogenannten **symbolischen Injurien** handelt **Weher** 1. Abth. S. 156. ff. Nicht alle Injurien dieser Art sind für schwere zu halten. S. **Weber** §. 13. Not. 5. S. 210. Z. B. die sogenannte **Admentation**, oder das Drohen mittelst Aufhebung der Hand, oder eines Stocks, gehört zu den symbolischen Injurien. S. **Weber** §. 10. Not. 51. S. 159. Allein sie kann nur in dem Falle, wovon die *L.* 15. §. 1. *D. de iniur.* redet, nämlich si filius levatis manibus *saepe* deterruerit parentem, quasi vapulaturum, für eine schwere Injurie in Absicht auf die Folge der Enterbung gehalten werden. S. *de* POLL cit. cap. §. 11.

99) Z. B. VOET in Comm. h. t. §. 28. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. 32. Th. 33. not. *β*. nr. 2. STRYK Caut. testam. cap. 19. §. 26. Höpfner im Commentar §. 478. Nr. 1.

100) S. THEOPHILI Paraphr. graec. ad pr. et §. 1. I. de iniur. Eine blose Verbalinjurie heißt λοιδορία. Man vergleiche *van de* POLL cit. cap. XLIX. §. 7.

1) **Weber** über Injurien 1. Abth. §. 13. Not. 9. S. 213.

Erſtens: kann der Vater ein Kind auch ſogar wegen einer gegen die Mutter begangenen Injurie enterben, wenn gleich die Beleidigung ihn für ſeine Perſon nicht trift, und umgekehrt? Es iſt alſo hier nicht die Frage von einer ſolchen mittelbaren Injurie, die durch ihren Inhalt zugleich die Ehrenverletzung eines Dritten, außer dem unmittelbar beleidigten Subject, in ſich faßt [2]). Denn darin ſind alle Rechtsgelehrte einverſtanden, daß wenn die dem einen Parens zugefügte Beſchimpfung ſo beſchaffen iſt, daß ſie ihrem Inhalt nach auch zugleich in Anſehung des andern eine grobe Beleidigung mit ſich führt, wegen einer ſolchen mittelbaren Injurie eine Enterbung Statt finde, wenn auch gleich die Injurie nur dem Stiefvater oder der Stiefmutter des Kindes widerfahren wäre [3]). Allein hier iſt von einer mittelbaren Injurie im eigentlichen Verſtande die Rede, welche bloß ihrem Weſen nach darin beſteht, daß die dem einem Parens zugefügte Injurie, ob ſie gleich, an ſich betrachtet, den andern Parens für ſeine Perſon gar nicht trift, bloß wegen der genauen Verbindung, die das Band der Ehe knüpft, auch für ihn ſelbſt eine Beleidigung iſt. Kann auch eine ſolche mittelbare Injurie zur Enterbung berechtigen? Mehrere Rechtsgelehrte [4]) wollen dieſes behaupten, und nehmen nur den

2) S. Weber S. 194. und Feuerbachs Lehrbuch des peinl. Rechts §. 291.

3) S. *van de* POLL. cit libr. cap. XLIX. § 22. PUFENDORF Obſervation. iur. univ. Tom. II. Obſ. 7. und WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 18. pag. 211.

4) FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Dig. de lib. et poſtum. P. IV. Cap. III. §. 15. PUFENDORF cit. loc. Obſ. 6. WALCH cit.

den Fall aus, wenn der unmittelbar beleidigte Ascendent des Kindes Stiefmutter ist. Allein diese Meinung läßt sich nicht füglich vertheidigen. Es kann zwar nicht geläugnet werden, daß die Gesetze den Ehemann berechtigen, die Beschimpfung seiner Frau, als eine ihm selbst widerfahrne Injurie, in eignem Namen gerichtlich zu verfolgen [5]). Allein eine andere Frage ist, ob deswegen auch eine Enterbung Statt finde? Dieß glaube ich nun nicht, weil erstens die Novelle 115. Kap. 3. davon nichts sagt. Denn geschieht gleich im §. 1. der parentum Erwähnung, so wollte doch **Justinian** dadurch nur soviel anzeigen, daß beyde Eltern wegen der ihnen von ihren Kindern widerfahrnen Beleidigungen, ein gleiches Recht der Enterbung haben sollen. Zweytens läßt sich von der Injurienklage noch kein gültiger Schluß auf die Enterbung machen. Denn sonst müßte ja auch der Vater, wegen einer der Stiefmutter zugefügten Beschimpfung, das Kind enterben können, welches doch die angeführten Rechtsgelehrten selbst nicht behaupten. Drittens geben die Gesetze auch nur dem Ehemann das Recht, in eigenem Namen wegen der Injurie zu klagen, die seiner Frau widerfahren ist. Dagegen darf die Ehefrau nicht klagen, wenn ihr Ehemann eine Beschimpfung erlitten hat [6]). Offenbar gründete sich also jenes Recht in der grossen Gewalt, welche der Ehemann über seine Frau bey den Römern hatte. Da nun diese bey uns

cit. loc. §. 17. und **Höpfner** im Commentar über die Institutionen §. 478. Nr. 2. und Not. 1.

5) *L. 1. §. 3. D. de iniur. L. 15. §. 24. D. eodem.* **Weber** a. a. O. §. 12. S. 194.

6) §. 2. *I. de iniur. L. 2. D. eodem.*

uns viel eingeschränkter ist, so ist überhaupt noch sehr daran zu zweifeln, ob heut zu Tage wegen der Beschimpfung der Frau ein Ehemann in eigenem Namen klagen könne, als wenn sie ihm widerfahren wäre[7]); um so weniger läßt sich also behaupten, daß dem Vater deshalb ein Recht zur Enterbung zustehen sollte. Wollte man endlich viertens die Grundsätze von der mittelbaren Injurie bey der Enterbung eintreten lassen, so würde man dem Vater das Recht der Enterbung auch dann nicht versagen können, wenn sich auch schon die Mutter ihres Rechts bedient hätte[8]). Auf solche Art würde also das Kind doppelte Strafe leiden, welches doch wohl gewiß dem Willen des Gesetzgebers nicht gemäß ist[9]).

Zweytens fragt es sich, ob Eltern ihre Kinder doch noch zu enterben befugt sind, wenn sie sich auch mit ihnen wieder ausgesöhnt, und den Kindern ihre Beleidigungen förmlich verziehen haben? Auch diese Frage ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Einige[10]) behaupten, daß die

7) S. Kleinschrods Grundzüge der Lehre von Injurien. 6. Abschn. § 3. Im Archiv des Criminalrechts. 1. Bandes 4 St. Nr. I. S. 31.

8) Arg. *L.* 1. §. 9. *L.* 18. §. 2. *L.* 30. §. 1. *L.* 31. *L.* 41. *D. de iniur.* Weber a. a. O. S. 198.

9) Mit mir stimmen überein HOMMEL in Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 260. BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. IV. Th. 14. not. 4. Westphal in der Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 606. S. 456. MADIHN in Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 139. nr. 6. besonders *Iac.* RAVE in Comm. de interpretatione cap. 3. Nov. CXV. *Ienae* 1765. §. 6—9.

10) LEYSER Meditat. ad. Pand. Vol. V. Spec. CCCLVII. med. 8. und WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 16. pag. 209.

geschehene Aussöhnung den Eltern das Recht nicht nehme, ihre Kinder zu enterben, weil alle Remission strict erklärt werden müsse. Andere [11]) unterscheiden, ob die Enterbung vor oder nach der Aussöhnung geschehen ist, und glauben, daß sie zwar in dem erstern Falle ihre Wirkung nicht verliere, in dem letztern aber mache, daß das Testament als pflichtwidrig angefochten werden könne. Man sagt, wenn die Aussöhnung vor der Errichtung des Testaments geschehen ist, so könne darum keine Enterbung weiter Statt finden, weil sich der Beleidigte nun alles Rechts begeben hat, welches ihm sonst gegen den Beleidiger zugestanden haben würde. Allein daß die Enterbung, welche vor der Aussöhnung geschehen ist, dadurch nicht ungültig werde, mithin das Testament deshalb nicht als pflichtwidrig angefochten werden könne, erhelle daraus, weil es bey der Enterbung genüge, daß der Erblasser zur Zeit des errichteten Testaments eine rechtmäßige Ursache gehabt habe; und einem gehörig eingesetzten Testamentserben die Erbschaft nicht nuda voluntate wieder genommen werden könne, ohne ein neu Testament zu machen [12]). Ganz diesem gemäß sage daher **Papinian** [13]): Filio, quem pater post eman-

11) ZOESIUS Comm. ad Pand. Tit. de liber. et postumis n. 19. STRYK de caut. testamentor. cap. XXIV. §. 77. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 389. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 8. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. pag. 394. not. l. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. Band. Medit. 102. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 478. Not. 7.

12) *L. 22. D. de adim. vel transf. legat. L. 27. C. de testam.*

13) *L. 23. pr. D. de liber. et postum.*

emancipationem a se factam, iterum arrogavit, *exheredationem ante scriptam* nocere. Noch andere [14]) läugnen schlechterdings, daß bey erfolgter Aussöhnung noch eine Enterbung Statt finden könne, der Erblasser möge den Notherben vor- oder nach dem Testament sein Vergehen verziehen haben. Unser Verfasser [15]) stimmt der ersten Meinung bey, allein die letztere verdient ohne Zweifel den Vorzug. Denn erstens sagen die Gesetze klar, daß die erfolgte Aussöhnung schlechterdings das Recht aufhebe, eine erlittene Beleidigung zu ahnden [16]). Nothwendig muß also nun das Testament eben so pflichtwidrig erscheinen, als wenn die Enterbung gleich Anfangs ohne rechtmäßige Ursache geschehen wäre. Zweytens folgt aus den Gründen der conträren Meinung nur soviel, daß die vor der Aussöhnung geschehene Enterbung durch die erfolgte Reconciliation ihre Gültigkeit nicht *ipso iure* verliere, folglich das Testament dadurch nicht rumpirt werde. Allein daraus folgt noch nicht, daß nicht das Testament mit Hülfe der Querel als pflichtwidrig angefochten werden könne. Dieß will auch Papinian nur in der oben angeführten Stelle sagen, wie man

14) BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. P. I. Diss. XIII. Th. 9. FACHINAEUS Controv. iuris Lib. VI. cap. 79. VOET Comment. ad Pandect. h. t. §. 31. *Luc. van de* POLL. libr. de exheredatione cap. ult. FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Pand. de lib. et postum. P. IV. Cap. V. §. 11. seqq. p. 161. seq. HUBER Praelect. ad Dig. eod. Tit. §. 4. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentation. ad Pand. P. II. Lib. 28. Tit. 2. §. 30. MÜLLER ad *Leyserum*. T. III. Fasc. 2. Obs. 631. und Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 916.

15) S. §. 1424. Nr. 2.

16) *L.* 11. §. 1. *D. de iniur.* §. *ult. I. eodem.*

man ganz deutlich sieht, wenn man damit die *L. 8. §. 7. D. de bonor. poss. contr. tab.* verbindet, wo Ulpian sagt: Si quis emancipatum filium exheredaverit, eumque postea arrogaverit, PAPINIANUS *lib. 12. Quaestionum* ait, iura naturalia in eo praevalere: idcirco exheredationem nocere. Sed in extraneo MARCELLI sententiam probat, ut exheredatio ei adrogato postea non noceat [17]). Es war nämlich die Frage davon, ob ein emancipirter Sohn, den der Vater enterbt, nachher aber wieder arrogirt hat, für präterirt zu halten sey, und daher das väterliche Testament rumpire; oder ob die Exheredation dennoch, der geschehenen Arrogation ungeachtet, an sich gültig bleibe? Papinian behauptet mit Recht das leztere. Wäre freylich der emancipirte Sohn blos als ein extraneus anzusehen, so hätte die Entscheidung anders ausfallen müssen, weil in dem Falle, da eine ganz fremde Person von eben demselben nachher arrogirt wird, der sie vorher in seinem Testament ausdrücklich ausgeschlossen hatte, das Testament rumpirt wird [18]). Allein ein emancipirter Sohn ist nicht mit einer solchen persona extranea in eine Kategorie zu setzen. Denn die Enterbung einer ganz fremden Person ist, wie Paulus [19]) sagt, eine res inepta, und daher für eben so gut, als nicht geschehen, zu halten. Allein ein emancipirter Sohn bleibt doch, was er von Natur ist, ein leiblicher Sohn seines Vaters, und dieses natürliche Verwandschaftsverhältniß wird auch durch keine Arrogation verändert: *ne imagi-*

17) S. *Iac.* LABITTI Usus indicis Pandectar. Cap. V. §. 2. (in WIELING *Iurisprud. Restituta.* P. II. pag. 84. seq.)

18) *L. 8. pr. D. de iniusto rupto irr. test.*

19) *L. 132. in fin. princ. D. de Verb. obl.*

imagine naturae veritas adumbretur, wie sich **Papinian** sehr schön ausdrückt [20]). Er kann mithin in dem gegebenen Falle nicht für präterirt gehalten werden, weil die Exheredation eines emancipirten Sohns wenigstens nach dem Prätorischen Rechte so gültig ist, als die Enterbung eines sui heredis. Durch seine Arrogation wird also auch das väterliche Testament nicht rumpirt, worin derselbe enterbt worden ist. Mithin schadet ihm die Enterbung wenigstens in sofern, daß er die Inofficiositätsklage erheben muß, wenn er glaubt, die Enterbung nicht verdient zu haben [21]). Daß aber diese Klage schon darauf allein gegründet werden könne, daß wegen der erfolgten Arrogation eine gänzliche Aussöhnung und Verzeihung der Beleidigung anzunehmen sey, davon sagt **Papinian** kein Wort, und konnte sich auch, so etwas zu behaupten, gar nicht einfallen lassen, weil ja die Arrogation eine ganz andere Ursache z. B. Erfüllung einer darauf sich beziehenden Bedingung, zum Grunde haben kann. Dieß ist der wahre Sinn der so sehr mißverstandenen Stelle **Papinians** L. 23. *D. de liber. et postum.* wie **Cujaz** [22]), **Busius** [23]), **Balduin** [24]) und **van de Poll** [25]) sehr gründlich gezeigt haben.

Uebri-

20) Man sehe hierüber *Ev.* OTTO in Papiniano. Cap. VII. §. 6.

21) *L. 8. pr. D. de bonor. poss. contr. tab.* S. FINESTRES Praelect. cit. P. IV. cap. I. §. 16. pag. 96. et cap. V. §. 12. p. 162. und *Luc. van de* POLL cit. libro cap. XVI. §. 8. pag. 63.

22) Ad L. 23. cit. in libr. XII. Quaest. Papiniani.

23) Ad eand. L. 23. D. de lib. et post.

24) Disputat. I. ex Papiniano de quibusdam mysteriis iuris testamentarii. Cap. 13. (edit. *Gundlingian.* Halae 1730. p. 305. seq. et in *Iurisprud. Rom. et Attica.* Tom. I. pag. 968. seq.

25) Cit. libr. cap. ult. §. 7. pag. 676.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß eine bloße Reue von Seiten des undankbaren Kindes, ohne wirklich erfolgte Aussöhnung mit dem beleidigten Ascendenten, das Recht zu enterben eben so wenig aufhebt [26]), als die Verjährung der Injurienklage [27]). Denn nur solche Rechte sind der Verjährung unterworfen, welche klagend hätten verfolgt werden müssen [28]). Dahin gehört das Recht der Enterbung nicht. Auch selbst bey klagbaren Rechten erlischt ja bekanntermaßen durch die Erlöschung der Klage nicht einmal das ganze Recht, sondern es kann dies auch nach dem Erlöschen der Klage noch ferner durch alle übrige Rechtsmittel geschützt werden [29]).

Es versteht sich endlich von selbst, daß die erfolgte Aussöhnung und geschehene Verzeihung aus unläugbaren Gründen erwiesen seyn müsse, wie es überhaupt den Rechten gemäß ist, wenn deshalb das Testament als lieblos soll angefochten werden können [30]). Aus zweifelhaften Thatsachen eine

26) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 30. FACHINAEUS Controv. iuris Lib. VI. cap. 80. §. *Quodsi de alio* etc. et FINESTRES cit. Praelect. ad Tit. Dig. de lib. et postum. P. IV. cap. V. §. 13.

27) *Luc. van de* POLL Disput. de exheredandis ob iniuriam in parentes liberis. *Ultrajecti 1696.* et in libr. de exheredat. cap. XLIX. §. 24. *Mich. God.* WERNHERI lectiss. Commentat. in Pand. P. II. Tit. de lib. et postum. §. 30. pap. 586.

28) S. Thibaut über Besitz und Verjährung. 2. Th. §. 38.

29) Thibaut a. a. O. §. 39.

30) §. 12. *I. de iniur.* *L.* 11. §. 1. *D. eodem.* *L.* 17. §. 6. *D. eodem.* Weber über Injurien 2. Abth. §. 18. S. 135. ff. und KLEINSCHROD Doct. de reparatione damni delicto dati Specim. II. §. 28.

eine bloße Vermuthung der geschehenen Verzeihung herzuleiten, ist nicht hinreichend [31]). Der Beweis liegt auch allemal dem Kläger ob [32]).

3) Wenn die Kinder den Eltern nach dem Leben stehen, es sey durch Gift, oder auf andere Weise. Auch schon das bloße Kaufen des Gifts ist zur Enterbung hinreichend, wenn es in der Absicht geschahe, um den Eltern damit an ihrem Leben oder Gesundheit zu schaden, wenn auch noch kein Gebrauch davon gemacht worden ist. Denn das Gesetz sagt: Si vitae parentum suorum *veneficiis*, aut alio modo *insidiari tentaverint* [33]).

4) Wenn ein Kind seine Eltern wegen eines Vergehens bey dem Richter angiebt, und ihnen dadurch einen beträchtlichen Schaden zufügt. (Si filius parentes *detulerit*, et delatione sua effecerit, *ut gravia damna perpessi sint.*) Eine Tochter kann sich dieser Ursache eben so gut, als ein Sohn, schuldig machen, weil der Regel nach Jedermann, der nur irgend Glauben verdient, Verbrechen anzeigen kann, ohne, daß es hierbey auf das Geschlecht ankommt [34]). Welcher Schade für beträchtlich zu halten, ist der Beurtheilung des Richters zu überlassen [35]).

5) Wenn

31) Weber a. a O. S. 139. Daß jedoch auch eine stillschweigende Verzeihung genüge, behauptet WERNHER cit. loc.

32) S. LEYSER Vol. V. Specim. 357. medit. 8.

33) *Luc. van de* POLL cit. libr. cap. LII. §. 3. et 4.

34)) S. Archiv des Criminalrechts, herausgegeben von Klein, Kleinschrod und Konopak. 4. Bandes 2. St. Nr. I. §. 4. S. 7.

35) *Luc. van de* POLL cap. LIV. §. 8.

5) Wenn die Kinder es den Eltern haben verwehren wollen, ein Testament zu machen, oder das schon gemachte zu ändern, und die Eltern nachher doch noch Gelegenheit finden zu testiren. (Si quis ex liberis convictus fuerit, quod parentes suos *testari prohibuerit).* Ob es durch Gewalt und Drohungen, oder durch List geschieht, ist gleichviel [36]). Sterben die Eltern ohne Testament, weil sie die Kinder daran gehindert haben, so zieht der Fiskus die dem undankbaren Kinde angefallene Erbschaft ein, weil es sich derselben unwürdig gemacht hat. Der Fiskus haftet auch in diesem Falle demjenigen weiter nicht, der durch diese Prohibition einen Schaden leidet, sondern dieser muß gegen das pflichtvergessene Kind mit der actione in factum auf das Interesse klagen [37]). Hatten die Eltern noch vor ihrem Tode Gelegenheit zu testiren, sie haben aber doch davon keinen Gebrauch gemacht, um die Kinder zu enterben, so wird das zugefügte Unrecht für verziehen angenommen, und der Fiskus kann an der Erbschaft keinen Anspruch machen [38]).

6) Wenn Vater oder Mutter in Wahnsinn oder Raserey verfielen, und die Kinder sich ihrer gar nicht annahmen, da sie doch konnten, nun aber wieder zur Vernunft kommen. (Si quis ex parentibus *furiosus* sit, et *liberi* eius vel *quidam* ex illis, *ministerium* et *debitam curam illi non* exhi-

36) *de* POLL cap. LVI. §. 14.

37) Der Kaiser bezieht sich hier (*Nov. CXV. cap.* 3. §. 9.) blos auf die ältern Gesetze. Es sind also die *L.* 1. *et* 2. *D. Si quis aliquem testari prohibuerit* zu Hülfe zu nehmen. S. *Luc. van de* POLL c. l. §. 16. et 17. und Westphal Theorie des R. R. von Testamenten §. 564.

38) *Luc. van de* POLL c. l. §. 8.

exhibeant, siquidem ab eo morbo liberatur, licebit ipsi, si velit, filium vel liberos, qui eum neglexerunt, ingratum, vel ingratos in testamento suo scribere.) Sterben die Eltern in dem Zustande des Wahnsinns, so schließt das Gesetz die undankbaren Kinder aus, und giebt die elterliche Erbschaft, deren sich dieselben unwürdig gemacht haben, demjenigen, der sich aus Mitleid des wahnsinnigen Alten annahm, und seiner pflegte; wenn nämlich dieser sich der Verpflegung unterzog, nachdem er zuvor diejenigen nochmals an ihre Schuldigkeit erinnert hatte, denen solche oblag, diese aber der geschehenen Aufforderung dennoch kein Gehör gaben. Dieser bekommt nun die Erbschaft auf jeden Fall, der blödsinnige Alte habe, ehe er in Wahnsinn verfiel, ein Testament gemacht, und das undankbare Kind darin instituirt, oder er sey ohne Testament gestorben. Der fremde Verpfleger tritt in jenem Falle an die Stelle des unwürdigen Kindes, nicht anders, als wenn er selbst instituirt wäre, und muß daher alles erfüllen, was dem rechten Erben zu prästiren obgelegen hätte[39]).

7) Wenn die Kinder unterlassen haben, ihre in feindliche Gefangenschaft gerathene Eltern loszukaufen. (Si unum ex parentibus *captivitate detineri* contigerit, eiusque *liberi*, sive omnes, sive unus, *eum redimere non studeant*.) Offenbar setzt jedoch diese Ursache eine solche Gefangenschaft voraus,

39) Nov. 115. Kap. 3. §. 11. daß das Testament durch richterliche Sentenz rescindirt werden müsse, wie *Luc. van de* POLL cap. 57. §. 22. behaupten will, folgt aus den Worten: *evacuata institutione* eorum, utpote indignorum, qui furioso curam praebere neglexerint, nicht.

voraus, wodurch die Gefangenen in die Sklaverey gerathen. Da nun dieses bey der Gefangenschaft unter christlichen Kriegsvölkern nicht mehr geschieht, auch die Freylassung der Kriegsgefangenen unter denselben durch die Kriegführenden Mächte selbst betrieben wird[40]); so läßt sich heut zu Tage von dieser Ursache nur noch alsdenn Gebrauch machen, wenn ein Vater etwa in die türkische oder allgierische Gefangenschaft gerathen seyn sollte, wodurch der Gefangene noch jetzt Sklave wird; und die Kinder könnten ihn loskaufen, thäten es aber nicht. Hier müßte das römische Gesetz auch noch heutiges Tages Anwendung finden[41]). Es wird jedoch vorausgesetzt, wie **Justinian** ausdrücklich vorschreibt, daß die Kinder schon das achtzehnde Jahr zurückgelegt haben[42]). Es ist auch merkwürdig, daß wenn die Kinder zur Auslösung ihrer gefangenen Eltern das Geld aufborgen, und dem Gläubiger zur Sicherheit ihr eigenes Vermögen, oder die Güter der Eltern verpfänden, der Contract gültig ist, und auf keine Weise angefochten werden kann[43]), wenn gleich

40) **Westphal** in der angef. Theorie §. 566. S. 429.

41) *Luc. van de* POLL de exheredat. cap. LVIII. §. 4. *Lud. God.* MÄDIHN Princip. iur. Rom. de success. §. 137. nr. 13. pag. 166. **Griesinger** Commentar über das Wirtemberg. Landrecht. 6. B. S. 447.

42) *Nov. CXV. cap. 3. §. 13.* Hanc autem poenam contra eos obtinere volumus, *qui decimum octavum aetatis annum impleverunt.*

43) In illis vero causis, heißt es §. *13. cit.* nach **Hombergk**, quibus pro liberandis captivis pecuniam dari necesse est; si quis propriam pecuniam non habeat, *liceat illi, si dictae aetatis sit, mutuam pecuniam accipere, et res mobiles vel immobiles, sive proprias, sive eius, qui in captivitate detinetur, pignori dare;* quia

gleich die Kinder noch minderjährig sind, auch kein Dekret der Obrigkeit von denselben ist ausgewirkt worden[44]).

8) Wenn Kinder honetter Eltern sich wider den Willen derselben dem niederträchtigen Gewerbe der Arenarien oder Pantomimen widmen, und bey dieser Lebensart verbleiben. Unter den Arenarien werden nicht die Gladiatoren, deren blutige Schauspiele, ihrer Grausamkeit wegen, schon **Constantin** und **Honorius** verboten hatten, sondern die sogenannten Bestiarien verstanden, welche öffentlich auf dem Circus oder dem Amphitheater für Geld mit den wilden Thieren fochten. Die Pantomimen oder Mimen hingegen waren Schauspieler, die durch Tanz und Gestikulation alle Arten lächerlicher und unzüchtiger Scenen vorstelleten. Beyde gehörten bey den Römern zu den Personen, die der Prätor in seinem Edict für infam erklärt, wie ich schon an einem andern Orte dieses Commentars[45]) bemerkt habe. Man wendet diese Verordnung heut zu Tage auf die herumziehenden Bärenführer, Marionettenspieler, Seiltänzer, und Bänkelsän-

quia in omnibus iis, quae dicta sunt, et pro liberatione captivorum dantur, vel expenduntur, eiusmodi contractus perinde firmos esse iubemus, *ac si a persona sui iuris et perfecti aetatis celebrati essent.*

44) S. CUJACII Exposit. Nov. 18. BARRY de Successionib. Lib. X. Tit. 4. nr. 15. Es findet daher keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt, wenn gleich der Vater nachher die Schuld nicht bezahlen könnte. S. *van de* POLL c. l. §. 19. seqq.

45) S. den 5. Th. §. 379. S. 168. folgg. Man vergleiche noch *van de* POLL cap. LVII. und BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. *Arenarii* et v. *Pantomimi.*

ger an [46]). Allein die Verachtung, in welcher solche Vagebunden stehen, ist mehr nur Anrüchtigkeit, als römische Infamie [47]). Auf keine Weise aber paßt die römische Verordnung auf die heutigen privilegirten Schauspielergesellschaften [48]).

9) Wenn Kinder vom christlichen Glauben (catholica fide) abfallen, und zu einer im Staate nicht recipirten Religionssecte übergehen. Justinian gedenket hier der zu seinen Zeiten noch berühmten Nestorianischen Secte, welche den Patriarchen Nestorius zu Constantinopel zu ihrem Haupte hatte. Dieser läugnete die Gottheit Christi, und wurde daher von dem Ephesinischen Concilium verdammt, abgesetzt, und sein Vermögen confiscirt. Daher wurden die Anhänger des Nestorius *Acephali* genennt, weil sie nun ohne Haupt waren [49]). Das Gesetz erklärt übrigens diejenigen für Ketzer, welche den von den vier öcumenischen Concilien, nämlich dem Nicäischen, Ephesinischen, Constantinopolitanischen und Chalcedonischen, ange-

46) S. *Io. Bernh.* HOFFER de quibusdam caussis exheredationis §. 15. Runde Grundsätze des gem. teutschen Privatrechts §. 310. Claproth Abh. von Testamenten S. 92.

47) S. Hagemeister über den wesentlichen Unterschied zwischen der römischen Infamie und teutschen Ehrlosigkeit; (in Hugo civilistischen Magazin. 3. Bandes 2. St. Nr. VIII. S. 165. ff.)

48) MADIHN Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 137. nr. 10. pag. 164. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 321.

49) S. Joh. Christph. Krause Handbuch der christlichen, besonders teutschen, politischen Kirchengeschichte. 1. Band. (Halle 1785.) §. 115. und *Luc. van de* POLL cap. 69.

angenommenen Lehrbegriff der christlichen Kirche verwarfen. Dieses dürfte aber heut zu Tage wohl nicht mehr als Norm zur Prüfung der Orthodoxie dienen, wie **Westphal**[50]) ganz richtig bemerkt. Das Kind müßte auch wohl erst durch Urtheil und Recht für einen Ketzer erklärt seyn, wenn es deshalb sollte enterbt werden können[51]).

b) Solche Ursachen der Enterbung, die nur auf Descendenten des einen oder andern Geschlechts anwendbar sind. Dahin gehören

α) für das männliche Geschlecht.

1) Wenn der Sohn den Vater oder die Mutter eines Verbrechens wegen peinlich anklagt, welches nicht gegen den Staat oder dessen Regenten geht[52]). Nur das Verbrechen des Hochverraths soll also eine Ausnahme machen. Denn bey diesem wirkt auch schon die bloße Verschweigung eine Theilnahme[53]). Hier entschuldigt auch das engste Band der Blutsfreundschaft nicht[54]), und

50) Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 567. S. 431. folgg.

51) HOFFER cit. Specim. §. 10. et 11. MADIHN Princip. iur. Rom. de SuccessION. §. 137. nr. 14. pag. 166.

52) *Nov. 115. cap. 3. §. 3.*

53) S. *Nic. Hier.* GUNDLING Singularia ad legem Maiestatis, itemque de silentio in hoc crimine. (*Francof. et Lips.* 1737. 4.) Cap. 3. und Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 170.

54) Bekannt ist das triste et atrox exemplum, welches TACITUS *Annal.* Lib. IV. vom Quintus Vibius Serenus erzählt.

und selbst der Unterschied des Geschlechts kommt bey der peinlichen Anklage dieses Verbrechens nicht in Betrachtung[55]. Bey andern Verbrechen schließen die Gesetze die Kinder von der Anklage ihrer Eltern aus, die Anklage sey gegründet oder nicht[56]. Tritt also dennoch ein Sohn als Ankläger gegen seinen Vater oder Mutter auf, so kann ihm nicht nur die Einrede der Unzulässigkeit entgegengesetzt werden, sondern er hat auch mit Recht die Enterbung verdient[57]. Sollte ihm auch von Amtswegen die Pflicht obliegen, alle ihm bekannt gewordene Verbrechen den Gerichten anzuzeigen, so würde doch selbst Amtspflicht die Undankbarkeit des Sohnes nicht entschuldigen, der als öffentlicher Angeber seinen Vater anklagen wollte[58]. Nur in dem Falle, da das eigne Interesse der Kinder bey dem Verbrechen der Eltern zu sehr leiden würde, ist es den erstern erlaubt, dasselbe durch eine Civilklage zu verfolgen[59]; und dann kann

55) *L. 8. D. ad Leg. Iul. Maiestat.* S. *Francis.* BALDUINI Disputat. II. ex Papiniano ad cap. VIII. ad Lep. Iul. majestat. in *Iurisprud. Rom. et Atticae.* Tom. I. pag. 979. seqq.

56) *L. 11. §. 1. D. de accusat. L. 20. C. de his, qui accusare non poss. L. 5. C. ad Leg. Corn. de falsis. Ant.* MATTHAEI de criminib. ad Lib. XLVIII. Tit. 13. cap. 1. §. 14.

57) *Luc. van de* POLL de exheredat. cap. L. §. 4.

58) *Luc. van de* POLL cit. cap. L. §. 6. Anderer Meinung ist jedoch *F. Wilh.* GAMBSJAEGER in Diss. sub. Tit. Testamentum in genere, in specie inofficiosum, una cum remediis iuris, systematice expositum. *Manhemii* 1803. P. III. §. 12. nr. I. p. 50. Allein die Gesetze machen keine Ausnahme.

59) *L. 11. §. 1. D. de accusat.* Liberi non sunt prohibendi, *suarum rerum defendendarum gratia*, de facto parentum queri: veluti si dicant; *vi se a possessione ab his expulsos*, scilicet *non ut*

kann freylich von keiner Enterbung die Rede seyn[60]). Uebrigens ist es hier, wo von einer förmlichen Anklage die Rede ist, gleichgültig, ob die Anklage den Eltern geschadet habe oder nicht. Sie ist also von der oben, unter den Enterbungsursachen für beyde Geschlechter, erwähnten Delation darin unterschieden, daß durch die letztere den Eltern ein beträchtlicher Schade müsse zugefügt worden seyn, wenn eine Enterbung deswegen Statt finden soll[61]).

2) Wenn der Sohn seine Stiefmutter oder die Concubine seines Vaters beschläft[62]). Was hier von der Concubine des Vaters gesagt ist, fällt heut zu Tage weg, weil der Concubinat bey uns zu den Verbrechen gehört, der bey den Römern eine erlaubte Verbindung war[63]).

3) Wenn der Sohn sich zu den *maleficis* begiebt, und an ihrem unerlaubten Geschäft Antheil nimmt[64]). Unter den

ut crimen vis eis intendant, sed *ut possessionem recipiant*. Nam et filius non quidem prohibitus est, de facto matris queri, si dicat: *suppositum ab ea partum, quo magis coheredem haberet*; sed ream eam *Lege Cornelia* facere permissum ei non est.

60) *Luc. van de* POLL cap. L. §. 18.

61) Höpfner Commentar über die Institutionen §. 478. Nr. 4.

62) *Nov.* 115. *cap.* 3. §. 6.

63) S. Westphals Theorie des R. Rechts von Testamenten §. 563. in fin.

64) *Nov.* 115. *cap.* 3. §. 4. Bey Hombergk heißt es: Si cum *veneficis*, ut *veneficus*, conversetur. Allein der Kaiser braucht den Ausdruck φαρμακός, welcher eigentlich einen *incantator*, oder *maleficus*, einen Zauberer bezeichnet. Weil diese

den *maleficis* werden hier nicht alle und jede Uebelthäter, sondern nur diejenigen verstanden, welche bey den Römern Zauberey und Giftmischerey trieben, und durch ihre verbotenen Künste andern zu schaden suchten, wie aus dem Tit. Cod. *de maleficis et mathematicis* (Lib. IX. Tit. 18.) erhellet[65]) Von diesen inimicis humani generis, wie sie *L. 7. Cod. eodem.* genennt werden, gab es bey den Römern insgeheim ganze Gesellschaften, welche nach den Berichten des **Plinius**[66]) die schändlichsten Laster ausübten, und auch andern in ihren unerlaubten Künsten Unterricht ertheilten[67]). Dergleichen Verbindungen sollten also, wenn sich der Sohn als Mitglied zu ihnen hielte, den Vater zur Enterbung berechtigen. Es ergiebt sich hieraus, daß von dieser Enterbungsursache zu unsern Zeiten wenig oder gar kein Gebrauch zu machen seyn dürfte, wie Herr Prof. **Weber**[68]) sehr richtig bemerkt hat.

4) Wenn

diese jedoch auch Giftmischerey trieben, so werden die malefici auch *venefici* genennt. *L.* 3. *C. Th. de indulgent. crim.* (IX. 38.)

65) BRISSONIUS de Verbor. Signific. v. *Maleficus. Luc. van de* POLL de exheredat. cap. 51. *Iac. Bened.* WINCKLER Commentat. ad Tit Cod. de mathematicis, maleficis, et cet. similibus, praes. *Lüd.* MENCKEN. *Lipsiae* 1725. def. §. 14. seqq. und *Pet.* TOLLOZAN Diss. de maleficis et mathematicis. Cap. IV. §. 1. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. dissertation. Belgicar.* Vol. I. Tom. III. pag. 246.)

66) *Histor. natural.* Lib. XXX. cap. 1. et 2.

67) Gegen diese waren besonders die strengen Verordnungen der *L. 4. 5. et 6. C. de maleficis et mathem.* gerichtet.

68) Bemerkungen und allgemeine Regeln zur Beförderung einer gründlichen Theorie der Anwendung des Röm. Rechts in teutschen

4) Wenn die Eltern Schulden halber, oder wegen eines Vergehens im Gefängniß sitzen, und der Sohn, welcher darum von dem Vater oder der Mutter war ersucht worden, sich weigert, sie durch Bürgschaft daraus zu befreyen, ohnerachtet er dazu vermögend war [69]). **Justinian** schränkt diese Enterbungsursache ausdrücklich nur auf Söhne ein [70]). Gleichwohl behauptet **Westphal** [71]), daß diese Einschränkung des Gesetzes heut zu Tage nicht mehr gelte, weil Frauenspersonen, so gut, als Mannspersonen, sich verbürgen können, wenn sie nur der Rechtswohlthat des Vellejanischen Senatusconsultums entsagen. Aus diesem Grunde müsse also das Gesetz jetzt auch auf die Töchter ausgedehnt

schen Gerichten §. 3. (in den Versuchen über das Civilrecht und dessen Anwendung. Schwerin und Wismar 1801. S. 19. folg.)

69) *Cap.* 3. §. 8. *Nov.* 115. Si *quem ex parentibus* eius *carceri includi* contingat, et *liberi*, qui ab intestato ad successionem eius venire possunt, *ab eo rogati*, vel unus ex illis, pro eo, sive *pro persona* sive *pro debito*, fideiubere nolint, in quantum ille, qui rogatus est, facere posse probatur. Die Worte: Si *quem ex parentibus*, sind ohne Zweifel sowohl vom Vater als von der Mutter zu verstehen. In der Folge verordnet nun zwar Justinian, *Nov. CXXXIV. cap.* 9. daß keine Frauensperson incarcerirt werden sollte. Allein dieses Privilegium fällt h. z. T. weg. S. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. 4. St. Nr. 11. und *Luc. van de* POLL cap. 55. §. 25.

70) Hoc tamen, sagt das Gesetz, quod de fideiussione sancimus, ad masculos liberos, et quidem solos pertinere volumus.

71) Theorie von Testamenten §. 564. S. 425.

gedehnt werden[72]). Mit Recht widersprechen jedoch dieser Meinung **Madihn**[73]), **Claproth**[74]) und **Gambsjäger**[75]), obgleich der Grund, den sie gebrauchen, nämlich daß eine Frauensperson schon nach dem röm. Rechte so gut, wie heut zu Tage, dem Vellejanischen Rathschluße habe entsagen können, nicht überzeugend ist[76]); indem vielmehr der Grund darin liegt, daß es widersprechend seyn würde, wenn die Gesetze den Frauenspersonen die Bürgschaften verbieten, und insonderheit die Bürgschaften der Töchter für ihre Eltern für nichtig erklären[77]), und dennoch dieselben wider ihren Willen

72) Dieser Meinung stimmt auch Griesinger im Commentar über das Wirtemberg. Landrecht im 6. Band S. 437. bey.

73) Princip. iur. Rom. de success. §. 137. nr. 8. pag. 164.

74) von Testamenten §. 18.

75) Diss. de testamento in genere, et in specie inofficioso, una cum remediis iuris. P. III. §. 12. not. 48.

76) Das Gegentheil haben AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 5. HELLFELD in Diss. de condictione mulieri intercedenti competente §. 35. seqq. und Weber in der systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 74. Not. 14. mit überwiegenden Gründen gezeigt.

77) *L. 8. Cod. ad SCtum Vellejan.* S. Röslins Abhandlung von besondern weiblichen Rechten. 2. Band. 3. Buch. 1. Absch. 2. Hauptst. 1. Kap. §. 17. S. 66. folg. Verschiedene Rechtsgelehrte glauben zwar, daß vermöge der *L. 21. §. 1. D. eodem* die Bürgschaft einer Tochter für ihren Vater gültig gewesen sey, wenn sie exigente pietatis officio geschehen, nämlich ne iudicatus pater eius propter solutionem vexetur; z. B. HARPPRECHT Vol. novo Consultation. P. II. Consil. 70. nr. 220—222. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. Tit. ad SCtum Vellejan. nr. XXVIII. pag. 443. Allein der Ausdruck

Willen nöthigen wollten, ſich dieſer Wohlthat auf Verlangen ihrer Eltern zu begeben, und zwar bey Strafe der Enterbung.[78]). Nach der richtigern Meinung findet daher dieſe Enterbungsurſache auch noch heut zu Tage bloß bey Söhnen Statt. Es wird ferner erfordert, daß die Eltern eine Bürgleiſtung verlangt haben. Ob aber der Sohn die Volljährigkeit erreicht haben müſſe, oder auch, wie oben in dem Falle, wenn die Eltern in feindliche Gefangenſchaft gerathen ſind, ein Alter von achtzehn Jahren für hinreichend zu halten ſey, beſtimmt das Geſetz nicht. Letzteres behaupten indeſſen **Stryk**[79]), **Hofacker**[80]) und **Höpfner**[81]). Allein die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten[82]), welche das erſtere behaupten, verdient, bey dem Mangel einer beſondern geſetzlichen Vorſchrift, als der Analogie gemäßer, billig den Vorzug. Dieſer Meinung ſtimmt auch **Hellfeld**[83]) bey. Merkwürdig iſt es übrigens, daß hier, wo von einer Bürgſchaft des Sohns für den Vater die Rede iſt, die Einheit der Perſon nicht im Wege ſteht, wenn

druck *liberaliter aliquid facere* heißt nicht Bürgſchaft leiſten, ſondern **ſchenken**, wie **Rößlin** a. a. O. 2. Kap. §. 6. S. 96. ſehr richtig erinnert hat. Es beweißt dies auch der in der *L. 21.* §. *1. cit.* angeführte Grund: *oneribus enim eorum Senatus ſuccurrit*, hinlänglich.

78) S. *Luc. van de* POLL cit. cap. 55. §. 42.

79) de cautelis teſtamentor. Cap. XIX. §. 32.

80) Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1695. nr. 8.

81) Commentar über die Heineccischen Inſtitutionen §. 478. Nr. 13.

82) *Luc. van de* POLL de exheredat. cap. 55. §. 3.

83) Tit. de liber. et poſtum. §. 1424. nr. 8.

wenn gleich der Sohn noch in väterlicher Gewalt ist[84]). Wenn ein Sohn außer dem Falle, da die Eltern im Gefängniß sitzen, sich weigern sollte, für sie Bürgschaft zu leisten, sie wollen z. B. eine Geldanleihe contrahiren, welches sie ohne Sicherheitsleistung nicht erhalten können, so findet deshalb keine Enterbung statt[85]).

β) Für das weibliche Geschlecht.

Wenn eine Tochter oder Enkelin eine ihr von den Eltern oder Großeltern angetragene Heyrath nebst dargebotenen Brautschatz ausschlägt, und statt derselben eine unzüchtige Lebensart erwählt. Hätte sie jedoch das fünf und zwanzigste Jahr bereits zurückgelegt, ohne daß die Eltern sich bemühet hätten, ihr einen Mann zu verschaffen, so kann sie nicht enterbt werden, wenn sie nachher zur Hure wird, oder ohne den Willen der Eltern sich verheyrathet, wenn sie nur einen freyen Menschen zum Manne nimmt. Denn alle Schuld fällt hier auf die Eltern zurück[86]). Hier ist der Unterschied besonders merkwürdig, den das Gesetz zwischen einer minderjährigen und volljährigen

84) *L. 10. §. 2. D. de fideiuss.*

85) STRYK caut. contract. c. I.

86) *Cap.* 3. §. 11. dict. *Nov. CXV.* Si cui ex dictis parentibus filiae suae vel nepti maritum dare, et dotem pro modo facultatum pro ea praestare volenti, illa non consentiat, sed turpem vitem eligat. Si vero filia ad *viginti quinque annorum aetatem* pervenerit, et parentes eam marito iungere differant, ac forte exinde contingat, ut illa in proprium corpus peccet; vel sine consensu parentum viro, libero tamen, nubat: hoc filiae in ingratitudinem imputari nolumus, quoniam non sua, sed parentum culpa id commisisse intelligitur.

gen Tochter macht. Erstere kann enterbt werden, wenn sie sich der Unzucht ergiebt, und die Eltern ihr im Heyrathen nicht hinderlich gewesen sind. Die Entschuldigung, daß die Eltern sich keine Mühe gegeben hätten, ihr einen Mann zu verschaffen, kommt ihr nicht zu statten. Nur dann findet die Enterbung nicht Statt, wenn eine solche Tochter von ihren Eltern ohne alle vernünftige Gründe vom Heyrathen ist abgehalten worden, ohnerachtet ihr verschiedene anständige Parthien waren angetragen worden. Denn es würde gegen die Vernunft und Billigkeit streiten, wenn die Eltern wegen einer Handlung, die sie selbst durch ihre eigene Schuld und Caprice veranlaßt haben, die Tochter sollten enterben können[87])? Ist aber eine Tochter volljährig, so müssen sich die Eltern bemühen, sie an einen Mann zu bringen;

87) Es ist also offenbar unrichtig, wenn Höpfner im Commentar §. 478. Nr. 14. und Westphal von Testamenten §. 565. behaupten, daß eine minderjährige Tochter, welche zur Hure geworden, ohne Unterschied enterbt werden könne, und die Eltern ausser aller Verantwortung wären, wenn sie ihre Tochter vor ihrem 25sten Jahre vom Heyrathen abgehalten hätten. Denn sind gleich die Eltern nicht schuldig, vor dem 25sten Jahre der Tochter sich sonderliche Mühe zu geben, ihr einen Mann zu verschaffen; so folgt doch daraus noch nicht, daß die Eltern die Tochter ohne hinreichende Gründe vom Heyrathen abhalten dürften, wenn ihr eine anständige Parthie angetragen wird, welche die Tochter anzunehmen bereit war. Mit welchem Rechte können hier die Eltern eine solche Tochter enterben, wenn sie sich nachher der Unzucht ergeben hat? Man sehe hier vorzüglich Griesingers Commentar über das Wirtembergische Landrecht. 6. Band. S. 441. folg. besonders Not. e.

gen[88]); haben sie sich nicht um ihre eheliche Versorgung bekümmert, und sie kommt jetzt zu Falle, oder sie verheyrathet sich gegen den Willen der Eltern, so findet keine Enterbung Statt. Wenn hingegen den Eltern nichts zur Last fällt, sie wollten der Tochter einen anständigen Mann geben, aber diese schlug ihn ohne hinreichende Ursache aus, oder die Eltern konnten aller angewandten Mühe ungeachtet keinen anständigen Mann für ihre Tochter finden, und sie ergiebt sich nun der Unzucht, oder sie trift eine den Eltern unanständige Heyrath; so kann auch eine großjährige Tochter mit Recht enterbt werden[89]). Allein es liegt noch ein anderer Unterschied in dem Geist des Gesetzes. Ist nämlich eine Tochter noch minderjährig, und die Eltern waren bemüht, sie standesmäßig zu verheyrathen, sie hat aber solches ausgeschlagen, und sich blos nach ihrem Eigensinn und Willkühr gegen den Willen der Eltern verheyrathet; so kann sie enterbt werden, wenn sie auch nicht gerade einen unwürdigen, sondern einen solchen Mann gewählt hätte, dessen sich die Eltern eben nicht schämen dürften. Mit ausdrücklichen Worten sagt dies zwar der Kaiser nicht. Daher läugnen auch mehrere Rechtsgelehrte[90]) schlechterdings, daß eine von den

88) S. *Io. Conr.* STIEGLIZ Diss. de necessitate patris conditionem filiabus quaerendi: ad L. 19. D. de ritu nupt. *Halae* 1757. §. 7.

89) Man sehe vorzüglich *Diet. Gotthard.* ECKARDI Diss. de exheredatione filiae turpiter viventis. *Lipsiae* 1720. Cap. II. §. 8. und Phil. Jac. Heislers Erörterung der Frage: Sind Eltern ihre Kinder, welche sich wider ihren Willen verheyrathen, zu enterben befugt? Halle 1783. 4. §. 4—9.

90) STRUV Synt. iur. civ. Exercit. 32. Th. 34. STRYK Caut. testam. cap. XIX. §. 35. *Frid. Aug. Guil. de* WITZENDORF Diss.

den Kindern wider den Willen der Eltern eingegangene Ehe den letztern ein Recht gebe, solche Kinder deswegen zu enterben; andere[91]) hingegen schränken dieß blos auf den Fall ein, wenn die Tochter gegen den Willen der Eltern einen Mann genommen, welcher denselben zur Schande gereicht. Allein daß es bey einer minderjährigen Tochter darauf nicht ankommt, ob durch die eingegangene Heyrath die Familie entehrt wird, oder nicht, sondern zur Enterbung genug ist, wenn sie mit Verwerfung der ihr von ihren Eltern gethanen annähmlichen Heyrathsvorschläge sich gegen den Willen derselben eigenmächtig verheyrathet hat, ist darum nicht zu läugnen, weil **Justinian** in dem entgegengesetzten Falle, nämlich da eine Tochter schon die Großjährigkeit erreicht hat, und es an den Eltern gelegen, daß sie unverheyrathet blieb, dieselbe von der Strafe der Enterbung frey spricht, wenn sie zwar ohne Einwilligung der Eltern, aber doch einen freyen und honetten Mann genommen hat. Nun würde aber zwischen beyden Fällen gar kein Unterschied seyn, wenn auch eine minderjährige Tochter, die zwar ohne der Eltern Willen, aber doch eine solche Heyrath getroffen hat, welche den Eltern nicht gerade zur Beschimpfung gereicht, eben so wenig, als eine volljährige, die eben dieses gethan, enterbt werden dürfte. Man wende nicht ein, daß der Kaiser bloß von

Diss. de exheredatione liberorum sine consensu parentum nuptias contrahentium. *Goettingae 1757.* und WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 14.

91) MÜLLER ad *Struvium* cit. loc. not. *α.* CUJACIUS Observation. lib. III. cap. 5. ECKARD cit. Diss. cap. II. §. 9. **Westphal** Theorie des R. R. von Testamenten §. 565. S. 427. und **Griesinger** im angef. Commentar. 6. Th. S. 442.

von einer vita turpi rede, welche die Tochter einer ihr angebotenen anständigen Ehe vorgezogen haben müsse, wenn sie deswegen von ihren Eltern soll enterbt werden können, wofür aber doch eine von der Tochter wider den Willen der Eltern eingegangene Ehe nicht gehalten werden könne. Denn man erwäge wohl, daß es einer Tochter, die noch unter 25 Jahren ist, nach dem römischen Rechte schlechterdings nicht erlaubt ist, ohne des Vaters Einwilligung sich zu verehelichen, wenn sie gleich nicht mehr in desselben väterlichen Gewalt steht [92]). Ja wenn auch der Vater nicht mehr am Leben ist, so darf dennoch die Tochter, die noch minderjährig ist, nicht nach ihrer Willkühr heyrathen, sondern es wird dazu die Einwilligung der Mutter und sonstigen nächsten Verwandten erfordert [93]). Hatte nun also eine solche minorenne Tochter dennoch eine Ehe ohne die Einwilligung der Eltern eigenmächtiger weise geschlossen, so war solche nicht nur gesetzwidrig, sondern auch null und nichtig [94]); und von einer solchen Tochter, welche in einer dergleichen ungültigen und strafbaren Verbindung zum Verdruß und Kränkung der

92) *L. 20. C. de nupt.* In coniunctione filiarum in sacris positarum patris exspectetur arbitrium. *Sed si sui iuris puella sit intra quintum et vicesimum annum constituta: ipsius quoque adsensus exploretur.* *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de necessario parentum consensu in nuptiis liberorum. *Halae 1740.* Cap. I. §. 18. et 31. not. e.

93) *L. 20. Cod. cit.* Si patris auxilio destituta, *matris*, et *propinquorum*, et ipsius quoque requiratur adultae *iudicium*. Adde *L. 1. et 18. C. eodem.*

94) §. 12. *I. de nupt.* *L. 5. C. de Legib.* *Franc.* HOTOMANNI Quaestion. illustr. libro. Qu. 9. pag. 73. und BOEHMER cit. Diss. Cap. I. §. 26. et 27.

der Eltern lebte, konnte wohl **Justinian** sagen, daß sie ein ärgerliches und schändliches Leben (αἰσχρὸν βίον) führe. Denn daß der Kaiser unter einer vita turpi, wie **Homberg** jene griechischen Worte ganz richtig übersetzt, eine gemeine Hurerey verstanden habe, wo sich die Tochter ohne Wahl einem jeden zur Unzucht Preiß giebt, ist nicht zu erweisen. Auch auf eine solche Tochter paßt das Gesetz, welche mit Hintansetzung einer ihr angebotenen anständigen Heyrath sich auch nur mit einem Geliebten eingelassen, und von diesem schwanger geworden ist [95]). Um so weniger ist zu bezweifeln, daß jener schändliche Undank und sträfliche Ungehorsam einer Tochter, welche wider den Willen der Eltern, ohnerachtet diese um ihr Wohl in Ansehung der ehelichen Versorgung eifrigst bemüht gewesen, eigenmächtig und freventlicher Weise sich selbst einen Mann nimmt, nach dem Geist unserer Novelle die Enterbung verdiene, gesetzt auch, daß sie eben keinen verächtlichen Menschen geheyrathet hätte, wie **Heinrich Brouwer** [96]) und **Heisler** [97]) sehr gründlich gezeigt haben [98]). Denn nur einer Tochter über 25 Jah-

95) ECKARD cit. Diss. cap. II. §. 4. VOET ad Pand. h. t. §. 26. in fin.

96) De iure connubiorum. (*Delphis* 1714. 4.) Lib. II. cap. 24. nr. 27. et 28. pag. 657.

97) In der angeführten Abhandlung §. 10 — 18.

98) Hat sich nun ja die Tochter eine untadelhafte Mannsperson zum Gegenstand ihrer ehelichen Liebe einmal ausersehen, von der sie nicht abstehen will, welches die Ursach gewesen, warum sie die ihr von ihren Eltern angetragenen Heyrathsvorschläge nicht annehmen konnte; so entdecke sie ihr Anliegen den Eltern, und ersuche sie mit kindlicher Ehrerbietung um ihre

25 Jahren vergiebt das Gesetz einen solchen Fehltritt, wenn ihre Eltern sich um ihre eheliche Versorgung gar nicht bemühet hatten, und auch diese ist selbst alsdann gegen die Strafe der Enterbung nicht zu schützen, wenn sie einen die Familie beschimpfenden Mann nimmt. Dieser Sinn liegt unstreitig in den Worten: *vel sine consensu parentum viro, libero tamen, nubat*, (ἢ δίχα συναινέσεως τῶν γονέων ἀνδρὶ ἑαυτὴν, ἐλευθέρῳ μέντοιγε συζεῦξαι). Zwar wollen unsere Gegner die Aechtheit dieser Worte aus dem Grunde bezweifeln, weil sie in der Haloandrinischen Ausgabe der Novellen fehlen. Allein wie wenig dieses Argument die Richtigkeit unserer Behauptung zu entkräften vermag, wird jedem einleuchten, welcher weiß, daß sich Haloander bey seiner griechischen Ausgabe der Novellen eines unvollständigen Manuscripts bedient habe, in welchem nicht nur viel Novellen fehlten, sondern auch die, welche er edirte, voller Lücken waren [99]. Haloander bekennt dieses selbst, und es ist auch schon von andern Rechtsgelehrten, insbesondere aber

ihre Einwilligung. Wollen diese nun schlechterdings nicht einwilligen, so bleibt ihr ja noch ein anderer Weg offen, wodurch sie, ohne die Eltern zu beleidigen, oder sich einer Undankbarkeit gegen dieselben schuldig zu machen, ihren Zweck erreichen kann, nämlich sie bringe die Sache an das Consistorium, und überlasse es der Entscheidung desselben, ob die Eltern hinlänglichen Grund haben, ihre Einwilligung zu verweigern. Dies ist der Weg, den ihr die Gesetze anweisen, *L. 19. D. de ritu nupt. L. 1. L. 18. C. de nupt.* Schlägt sie diesen nicht ein, sondern heyrathet eigenmächtig, wen sie will, so ist dies ein Trotz und Ungehorsam gegen die Eltern, und es geschieht ihr durch die Enterbung kein Unrecht. S. *Ant.* MERENDA Controv. iuris Lib. III. c. 13.

99) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 54.

aber von **Voorda** [100]) und **Cramer** [1]) mit Anführung einer Menge von Beyspielen ganz augenscheinlich dargethan worden. Genug, daß jene Worte in der **Vulgata**, in **Julians** Epitome, und in den vollständigen griechischen Ausgaben eines **Scrimgers** und **Contius** stehen.

Da übrigens die Novelle bey der zuletzt erwähnten Enterbungsursach ganz deutlich bloß von Töchtern und Enkelinnen spricht, so ist davon bey Söhnen kein Gebrauch zu machen. So wenig also ein Sohn seiner Hurerey wegen von den Eltern enterbt werden kann, eben so wenig kann solches geschehen, wenn er ohne Wissen und Willen der Eltern sich verheyrathet, die Frau sey beschaffen, wie sie wolle. **Alexander Politus** [2]) nimmt zwar den Fall aus, wenn der Sohn noch unter 25 Jahren ist, und wider des Vaters Willen eine verächtliche Person geheyrathet hat, die ihm und seiner Familie zur Schande gereicht. Hier, meint er, habe der Sohn die Enterbung verdient, wenn er auch schon nicht mehr in der väterlichen Gewalt sey. Denn wenn auch gleich die Novelle selbst von diesem Falle nichts enthält, so sey es doch in den ältern Gesetzen klar verordnet [3]), welche **Justinian** nirgends wieder aufgehoben habe. Allein da

100) Elector. libr. singulari. (*Trajecti ad Rhen.* 1749. 8.) cap. XXVII. pag. 259.

1) Progr. continens ad historiam Novellarum Iustiniani Imp. Analecta litteraria. *Kilonii* 1794. 4. pag. 20 seqq.

2) De patria in testamentis condendis potestate. Lib. I. cap. 8. (in *Ger.* MEERMANNI *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. I. pag. 256. seq.)

3) *L.* 3. §. 5. *D. de bonor. poss. contra tab.*

Justinian diese Enterbungsursache in Ansehung der Söhne in der Novelle 115. nicht wiederholt hat, so ist sie um so mehr für aufgehoben zu halten, da der Kaiser ausdrücklich verbietet, aus andern Gesetzen Enterbungsursachen herzunehmen, welche nicht in der gedachten Novelle enthalten sind [4]). Daher sind auch die meisten Rechtsgelehrten [5]) auf meiner Seite.

II. Ascendenten können nur aus acht Ursachen von ihren Descendenten enterbt werden, welche Justinian *cap.* 4. *Nov. CXV.* folgendermaßen bestimmt.

1) Wenn sie die Kinder eines Verbrechens wegen anklagen, oder auch nur angeben, worauf die Todesstrafe gesetzt ist. (Si parentes liberos suos *ad ultimum supplicium* dederint). Das Verbrechen des Hochverraths ist jedoch auch hier ausgenommen, aus dem oben bey der Enterbung der Kinder angeführten Grunde. Wenn sie die Kinder wegen solcher Verbrechen anklagen, die nicht capital sind, so findet deshalb nach diesem Gesetz keine Enterbung statt. Es ist also hier das Enterbungsrecht der Kinder mehr beschränkt, als das der Eltern.

4) *Nov. CXV. cap.* 3. *pr.* — ut praeter eas nemini liceat, *ex alia lege* ingratitudinis causam opponere, nisi illas, *quae serie praesentis constitutionis continentur*.

5) CUJACIUS in Exposit. Nov. 18. FACHINAEUS Controv. iur. Lib. III. cap. 44. MEIER Colleg. iur. argentorat. Tom. II. Lib. XXVIII. Tit. 2. §. 26. pag. 355. *Luc. van de* POLL de exheredat. cap. 47. §. 1. seqq. GRIEBNER Diss. de exheredat. liberorum sine consensu parentum nuptias contrahent. §. 7. ECKARD cit. Diss. Cap. III. §. 11. und Heisler in der angeführten Abhandlung §. 20. folgg.

tern [6]). Auch dürfen die Eltern keine Enterbung befürchten, wenn die Kinder das Verbrechen, weshalb ſie von den Eltern peinlich angeklagt, oder angegeben worden, an dieſen ſelbſt begangen oder verſucht haben [7]).

2) Wenn ſie den Kindern durch Gift, Zauberey, oder auf andere Art nach dem Leben ſtehen. (Si venenis, aut *maleficiis* [8]), aut alio modo parentes vitae liberorum inſidiatos eſſe probentur).

3) Wenn der Vater mit der Schwiegertochter oder des Sohns Concubine Unzucht treibt. Wegen der Concubine des Sohns fällt heut zu Tage die Enterbung des Vaters weg, da beyde in pari reatu ſind [9]).

4) Wenn die Eltern den Kindern wehren, ein Teſtament zu machen. Hier findet alles das ſtatt, was oben bey der Enterbung der Kinder bemerkt worden iſt.

 5) Wenn

6) *Luc. van de* POLL de exheredat. cap. LX. §. 4. et 5.

7) *L.* 14. *Cod. de his, qui accuſ. poſſ.*

8) Im griechiſchen Text heißt es *γοητείαις*, darunter werden incantamenta magica, oder, wie es Julian überſetzt, ſuſurri magici verſtanden. Bey Homberg k ſteht *veneficiis*, in der Vulgata: *maleficiis*. Dieſe letztere Ueberſetzung iſt dem griechiſchen Text gemäßer, wie aus *L.* 5. *6. et 7. Cod. de maleficis et mathemat.* erhellet. Auch TACITUS *Annal. II. 69.* gedenkt der *maleficiorum*, quibus creduntur animae numinibus infernis ſacrari; und *L. 7. Cod. Theod.* wird crimen *veneficii ac maleficiorum* unterſchieden, und unter dem letztern ſchädliche Zauberey verſtanden. Was h. z. T. von Tödtung durch Zauberey zu halten ſey, iſt aus THOMASII Diſſ. de crimine magiae. *Halae* 1701. und von Eckartshauſen entdeckten Geheimniſſen der Zauberey (München 1790.) bekannt.

9) *Luc. van de* POLL cap. 60. §. 20.

5) Wenn der Vater der Mutter des testirenden Kindes, oder umgekehrt die Mutter dem Vater Gift giebt, so daß entweder das Leben oder der Verstand dadurch verlohren geht; oder wenn sonst ein Ascendent, welcher des testirenden Kindes Erbe gewesen seyn würde, seinem Gatten, von welchem das Kind abstammt, nach dem Leben gestanden. Es ist also hier blos von leiblichen Ascendenten die Rede.

6) Wenn sich die Eltern der in Wahnsinn verfallenen Kinder nicht annehmen, und diese wieder zu Verstande kommen. Hier findet eben dasselbe statt, was oben von wahnsinnigen Eltern gesagt worden ist, deren sich die Kinder in diesem traurigen Zustande nicht annehmen. Kommen die Kinder wieder zu Verstande, sie enterben aber ihre Eltern nicht, da sie doch testiren konnten, so sind diese nicht ipso iure für enterbt anzusehen, sondern es ist vielmehr anzunehmen, daß die Kinder den Eltern das Unrecht verziehen haben. Nur dann sind die Eltern der Erbschaft auch ab intestato unwürdig, wenn die Kinder in dem Zustande des Wahnsinns dahin sterben, in welchem sich die Eltern ihrer nicht annahmen.

7) Wenn die Eltern unterlassen haben, ihre in Sklaverey gerathenen Kinder loszukaufen. Sterben letztere in diesem Zustande, ohne Gelegenheit gehabt zu haben, ein Testament zu machen, so fällt ihr Nachlaß an die Kirche ihres Geburtsorts, und dieß findet auch denn statt, wenn das in der Gefangenschaft gestorbene Kind schon vorher ein Testament gemacht, und darin die Eltern zu Erben eingesetzt hat, wenn es nämlich keine Gelegenheit hatte, das Testament zu ändern. Hier entkräftet das Gesetz die Erbeinsetzung, die übrigen im Testament enthaltenen Verordnungen

nungen des verstorbenen Kindes hingegen bleiben gültig. Kurz es ist hier, wie wenn Eltern in eine solche Gefangenschaft gerathen sind, wodurch sie Sklaven wurden [10]). Endlich

8) wenn die Eltern zu einer ketzerischen Religionssecte übertreten. Hier ist eben das zu wiederholen, was oben bey der Enterbung der Kinder bemerkt worden ist.

Daß diese Enterbungsursachen, die wir bisher bey Eltern und Kindern bemerkt haben, auch in Ansehung der Präterition vorgeschrieben sind, leidet keinen Zweifel. Denn **Justinian** sagt es selbst am Schluß des 4. Kap. der 115. Novelle: Atque hae quidem exhaeredationis vel *praeteritionis* poenae, quantum ad causas ingratitudinis, in dictas personas statutae sint. Allein desto streitiger ist die Frage, ob bey diesen gesetzlich bestimmten Ursachen der Ausschließung eine ausdehnende Erklärung Statt finde? Alles kommt hier auf folgende Stelle des 3. Kap. der 115. Novelle an: Sed quia causae, ex quibus liberi ingrati iudicari debent, per diversas leges dispersas, nec clare expressas invenimus, (quarum quaedam ad ingratitudinem ne sufficere quidem visae, aliae vero, licet sufficerent, praetermissae sunt) propterea necessarium esse nobis visum est, praesenti lege illas *nominatim* comprehendere, *ut praeter eas nemini liceat, ex alia lege ingratitudinis causam opponere, nisi illas, quae serie praesentis constitutionis continentur.* So nach **Hombergks** Uebersetzung. Diese Stelle wird nun von den

10) Man vergleiche also *Nov.* 115 *cap.* 3. §. 13.

Rechtsgelehrten auf verschiedene Art erklärt. Einige [11]) verstehen sie so, daß hierdurch der Gesetzgeber alle ausdehnende Erklärung des Gesetzes schlechterdings untersagt habe. Der Richter müsse sich also bloß an die Worte halten, und dürfe nicht mehr Ursachen der Ausschließung annehmen, als die Worte des Gesetzes ausdrücken. Andere [12]) hinge-

11) *Viglius* ZUICHEMUS in Commentar. in decem Titulos Institution. (*Basileae* 1534. fol.) ad §. ult. I. de exheredat. liberor. pag. 120. *Franc.* CONNANUS in Commentar. iuris civ. (*Lutet.* 1553. fol) Tom. II. Lib. IX. cap. 10. pag. 716. *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. legg. Cod. Iust. ad Avth. *Non licet* Cod. de liberis praeterit. pag. 70. seqq. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pand. h. t. §. *In posteriore mihi persuadeo.* Tom. II. *Operum* pag. 160 BRONCHORST Ἐναντιοφαν. Centur. III. Assert. 26. *Henr.* ZOESIUS in Commentar ad Institut. Tit. de exheredat. liberor. nr. 10 *Luc. van de* POLL cap. 86. *Iac.* RAVE s. *Christ. Frid.* GEUSSENHAINER Commentat. de interpretatione cap. III. Nov. CXV. *Ienae* 1765. §. 10. **Overbeck** Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. Band. Medit. 54. und **Boock** syst. Entwickelung der Lehre von der Enterbung §. 20. S. 61.

12) FACHINAEUS Controv. iuris Lib. VI. cap. 78. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 13. nr. 10. VINNIUS Commentar. ad princ. I. de inoff. testam. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 24. FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Dig. de lib. et postum. P. IV. cap. 3. §. 11. seqq. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. V. cap. 5. §. *Accedit.* Tom. II. pag. 14. seq. (edit. *Heineccianae. Francof. et Lipsiae* 1739.) *Alex.* POLITUS de patria in testamentis condendis potestate. Lib. I. cap II. §. 5. seqq. (Tom I. *Thes. Meermann.* pag. 246) WESTENBERG in Dig. h. t. §. 39. *Dan.* NETTELBLADT Diss de decisione casuum secundum analogiam. *Halae* 1751. Cap. I. §. 5. in Schol. WALCH Introduct. in controv. iur

hingegen meinen, eine buchstäbliche Erklärung des Gesetzes werde uns auf wahre Ungereimtheiten führen. Handlungen, welche von ganz gleicher oder noch schlimmerer Art sind, müßten daher nothwendig mit unter dem Gesetz begriffen seyn, und derentwegen eine Enterbung allerdings geschehen können. **Justinian** habe auch eine solche Ausdehnung keinesweges verboten, sondern seine Absicht gehe nur dahin, zu verbieten, daß keine Enterbungsursachen, die geringer wären, aus den ältern Gesetzen hergenommen werden möchten, und die wichtigeren, welche in den vorhergehenden Gesetzen nicht wären erwähnt worden, durch sein Gesetz zu bestimmen. Dieß sey der wahre Sinn jener Stelle, worauf sich die Vertheidiger der ersten Meinung stützen. **Justinian** sage also nicht, daß nur die Fälle angenommen werden sollen, welche in seinem Gesetz ausdrücklich enthalten sind, sondern er sagt nur: *quae in huius constitutionis serie continentur*, folglich wären diejenigen Fälle nicht ausgeschlossen, welche durch eine richtige Interpretation aus dem Geist des Gesetzes hergeleitet werden können. Man rechnet daher

I. zu den Ursachen, aus welchen Kinder enterbt werden können, noch folgende Fälle:

iuris civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 19. pag. 212. Westphal Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 558. Schmalz Handbuch des Röm. Privatrechts §. 425. Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 480. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1696. in fin. MALBLANC Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. Tit. de liberis et postum. §. 700. und JAMBSJAEGER in Diss. de testamento inoffic. Part. III. §. 13.

1) wenn der Sohn mit seiner leiblichen Mutter Blutschande treibt, denn das ist ja noch ärger, als wenn er bloß die Stiefmutter beschläft.

2) Wenn er sich mit der Braut seines Vaters vergeht.

3) Wenn die Kinder selbst die Eltern haben Schulden halber ins Gefängniß setzen lassen. Denn das ist ja noch schlimmer, als wenn die Söhne es bloß unterlassen haben, die Eltern auf ihr Begehren durch Bürgschaft aus dem Gefängniß zu befreyen.

4) Wenn der Sohn zwar selbst den Vater nicht anklagt, aber den Ankläger desselben mit Beweisen unterstüzt; oder wenn die Kinder in einer Criminalsache von freyen Stücken ein Zeugniß wider die Eltern ablegen.

5) Wenn Kinder zwar nicht selbst Thätlichkeit gegen die Eltern verübt, aber doch nicht gehindert haben, daß ein Dritter dieselben mit Schlägen mißhandelte, da sie den Eltern hätten helfen können.

6) Wenn sich der Sohn unter eine Diebes- und Räuberbande begiebt. Ja man will alle Banden grober Missethäter unter den maleficis verstehen [13]).

7) Wenn der Sohn seine leibliche Schwester beschläft. Denn das sey eine gravissima iniuria gegen den Vater [14]), welche die Enterbung verdiene [15]).

8) Wenn

13) S. Westphal in der angef. Theorie §. 563. S. 424.

14) §. 1. *l. de iniur.*

15) FINESTRES Praelect. cit. loc. §. 15. pag. 123. seq.

8) Wenn die Tochter mit dem Stiefvater Unzucht treibt. Denn dieß ſey dem im Geſetz genannten Falle gleich, wenn der Sohn ſeine Stiefmutter beſchläft [16]).

9) Wenn ein Kind die Eltern hat zwingen wollen, zu ſeinem Vortheil ein Teſtament zu machen [17]). Dieß ſey dem Fall der Hinderung am Teſtiren gleich zu halten, wovon das Geſetz redet.

10) Wenn die Kinder eine von einem Dritten verſuchten Nachſtellung nach dem Leben ihres Vaters oder Mutter nicht verhindert haben, da ſie doch ſelbige verhindern konnten [18]).

11) Wenn die Kinder ſich ihrer kranken Eltern, denen es an der nöthigen Pflege fehlte, nicht annahmen, ſondern ſie verließen, ſo daß ſie hätten umkommen müſſen, wenn ſich nicht Fremde aus Mitleid ihrer angenommen hätten [19]).

II. Zu den Urſachen, aus welchen Eltern enterbt werden können, will man noch folgende rechnen.

1) Wenn der Vater oder die Mutter dem Ehegatten des teſtirenden Kindes nach dem Leben geſtanden hat. Denn dieß

16) Höpfner a. a. O. Weſtphal a. a. O. und Grieſinger im Commentar über das Wirtemb. Landrecht. 6. Band. S. 436. Allein man ſehe dagegen *God. Lud.* MADIHN Princip. iur. Rom. de Succeſſ. §. 139. nr. 1.

17) FINESTRES cit. loc. §. 13. in fin.

18) *L. 2. et 6. D. ad Leg. Pompeiam de parricid.* Grieſinger a. a. O. S. 436.

19) Weſtphal §. 565. am Ende S. 427. Er beruft ſich auf *L. 3. D. de his, quae ut indign.*

dieß lehre die Analogie der zweyten und fünften Enterbungsursach, weil ein Ehegatte sich für seinen Ehegatten eben so sehr, wo nicht mehr, als für seine leiblichen Eltern zu interessiren habe [20]).

2) Wenn die Mutter mit ihrem Schwiegersohn Unzucht begangen. Hier kann sie, sagen die Vertheidiger der extensiven Auslegung, von ihrer an diesen verheyratheten Tochter aus eben dem Grunde enterbt werden, aus welchem der Vater enterbt werden kann, wenn er mit seines Sohns Ehefrau sich auf diese Art vergangen hat [21]).

Niemand wird gewiß läugnen, daß die hier angeführten Fälle einen eben so grossen Beweis von Undankbarkeit liefern, und für den Testirer eine eben so empfindliche Beleidigung enthalten, als diejenigen, welche der Gesetzgeber ausdrücklich genannt hat. Allein ob dem Richter deswegen die Befugniß zustehe, das Gesetz auszudehnen, ist eine Frage, die zu Folge der oben angegebenen Worte des Gesetzgebers eher zu verneinen, als zu bejahen seyn dürfte. **Justinian** sagt ganz deutlich, daß er für nöthig gefunden habe, die Ursachen der Ausschließung der Notherben in seinem Gesetz **namentlich** zusammen zu fassen und festzusetzen, weil sie in verschiedenen Gesetzen zerstreut und auch nicht deutlich genug bestimmt wären, manche derselben auch nicht wichtig genug, manche wichtige hingegen gänzlich wären übergangen wor-

20) S. **Griesinger** a. a. O. S. 452. folg.

21) **Höpfner** a. a. O. **Griesinger** a. a. O. Allein man sehe MADIHN Princip. iuris Rom. de Succeff. §. 139. nr. 1. wo *socero* statt *genero* auch in der neuern Ausgabe stehen geblieben ist.

worden. Offenbar hat also der Kaiser nicht blos auf diejenigen Ursachen Rücksicht genommen, welche schon in den ältern Gesetzen bestimmt waren, sondern auch auf die darin nicht enthaltenen wichtigeren. Alle hat er sie hier zusammengestellt, und will schlechterdings nicht, daß außer diesen Ursachen, welche hier in seinem Gesetz der Reihe nach angeführt worden sind, noch andere Statt haben sollen. Konnte Justinian wohl deutlicher die Ausdehnung derselben auf andere ähnliche Fälle, und wenn sie auch gleich noch wichtiger seyn sollten, untersagen? Gewiß sah der Kaiser eben so gut ein, daß sich vielleicht noch Fälle genug angeben lassen, worauf hätte Rücksicht genommen werden sollen. Allein hätte er erlauben wollen, das Gesetz auf diese auszudehnen, so wären ja gerade jene ausschweifende Willkührlichkeiten wieder zu befürchten, welche er durch seine Gesetzgebung verhindern wollte. Grund genug, warum er gleichsam nothgedrungen alle Ausdehnung untersagen mußte. Man sage nun nicht weiter, daß eine stricte Interpretation des Gesetzes zu Ungereimtheiten und Inconsequenzen Anlaß geben würde. Davon würde man allenfalls nur dann sprechen können, wenn der Gesetzgeber ein solches Verbot mit der Erklärung begleitet hätte, daß auch er seine Vorschrift auf die etwa übergangenen gleichen oder stärkern Fälle nie ausdehnen wolle, wie Herr Prof. Thibaut [22]) sehr gründlich bemerkt hat. Nun bleibt ja also dem vernünftigen Richter stets unbenommen, den Weg einer authendischen Inter-

22) Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts §. 13. Nr. 5. S. 72. Man vergleiche auch Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. Band. 15. Abhandl. S. 325. folgg.

Interpretation einzuschlagen, und durch Einholung derselben seine Meinung durchzusetzen. Man nehme hingegen zum Grundsatz an, daß wegen gleicher oder noch wichtigerer Ursachen auch hier eine Ausdehnung zuläßig sey, so wird dann freylich auch der unvernünftige Richter und seichte Kopf seine gleichen, ähnlichen und stärkern Gründe auffinden. Nun sage man, wie jetzt der Zweck des Gesetzgebers erreicht werden soll, welcher, wie er selbst *Nov.* 115. *cap.* 5. sagt, dahin geht: ut tam parentes, quam liberi *a testamentorum iniuria* liberarentur. Also nur das, was nach den Worten und dem juristischen Sprachgebrauch unter die Novelle subsumirt werden kann, gehört unter dieselbe, und ist als gesetzmäßige Enterbungsursache anzusehen, keine andere, wenn sie auch ähnlich oder noch stärker wäre, wie **Heinrich von Cocceji** [23]), **Samuel von Cocceji** [24]), **Madihn** [25]), **Emminghaus** [26]) und **Thibaut** [27]) ganz richtig lehren. So kann daher der Sohn zwar enterbt werden, welcher seinen Vater durch einen Dritten mißhandeln, oder durch einen Dritten peinlich anklagen ließ, und den Ankläger mit Beweisen unterstützte, oder dem Vater durch einen Dritten nach dem Leben trachtete, weil nach dem juristischen Sprachgebrauche die Handlung des Dritten in den bemerkten Fällen als Handlung des Sohns zu betrachten ist, und also diese

23) Diss. Quae sit genuina resolutio controversiae circa causas exheredationis liberorum? *Francof. ad Viadr.* 1717. Cap. 2.

24) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 13.

25) Princip. iur. Rom. de Successión. §. 139. nr. 3. pag. 168.

26) ad *Coccejum* cit. loc. not. r. Tom. I. pag. 451.

27) Theorie der logischen Auslegung des R. R. §. 13. S. 73.

diese Fälle wirklich unter den Worten der Novelle begriffen sind; allein keinesweges können unter den *maleficiis* alle Banden grober Missethäter verstanden, und der Sohn darum sofort enterbt werden, daß er sich unter sie begeben hat. Eben so wenig läßt sich behaupten, daß unter der Vernachläßigung eines furiosi parentis auch der Fall begriffen sey, wenn Kinder kranke, jedoch nicht wahnsinnige Eltern, hülflos lassen; denn man darf es doch wohl dem Gesetzgeber zutrauen, daß er den furor von einer andern Krankheit zu unterscheiden gewußt, und dieses Wort nicht so oft wiederholt haben würde, wenn es seine Meinung gewesen wäre, darunter jede andere Krankheit, in welcher die Eltern anderer Hülfe bedürfen, zu begreifen.

Soviel nun hiernächst

B. die Enterbung aus guter Absicht anbetrift, so findet dieselbe

1) nach den Gesetzen der Pandecten vorzüglich in zwey Fällen Statt,

a) wenn die Kinder blödsinnig oder verschwenderisch sind. Solche Kinder können die Eltern aus guter Meinung enterben, wenn sie nur ihre Enkel zu Erben einsetzen, und jenen die nöthigen Alimente vermachen [28]). Es ist nicht nöthig, daß der enterbte Sohn gerichtlich für einen Verschwender erklärt sey, genug wenn ihn der Erblasser dafür gehalten [29]). Hätte der Vater Grund zu befürchten, daß

28) *L.* 12. §. 2. *D. de bonis libertor. L.* 16. §. 2. *D. de curator. furiosi.*

29) *L.* 16. §. 2. *D. de curat. fur.* S. *Nic.* CATHARINI Observation. et Coniecturar. Lib. III. cap. 36. (in MEERMANNI *novo Thes.*

daß der enterbte verschwenderische Sohn seine eigene Kinder dereinst um die Erbgüter bringen möchte, so ist er sogar befugt, auch diese seine Enkel unter der Bedingung zu instituiren, wenn sie der Vater emancipiren würde, oder auf den entgegengesetzten Fall provido consilio zu enterben [30]).

b) Wenn die Kinder noch unmündig sind, und der Vater besorgt, daß das ihnen hinterlassene Vermögen in unsichere Hände kommen möchte, so kann er solche Kinder bona mente enterben, wenn er nur dem eingesetzten Erben auflegt, die Kinder während ihrer Unmündigkeit zu verpflegen, und ihnen sodann nach erreichter Mündigkeit die Erbschaft als ein Fideicommiß wieder abzutreten [31]).

Ob die Enterbung aus guter Absicht blos auf diese beyden Fälle einzuschränken sey, ist eine Frage, worüber sehr gestritten wird. Einige [32]) bejahen sie, von andern aber wird sie richtiger verneint [33]). Denn die in den angeführten Gesetzstellen überall vorkommenden Partikeln: *utputa*, und *utputa pone* beweisen hinlänglich, daß die oben bemerkten

Thes. iur. civ. et canon. Tom VI. pag. 788.) und POTHIER Pandect Iustin. Tom. II. Tit. de curator. furioso dand. Nr. III. pag. 166.

30) *L. 16. §. 2. D. cit.*

31) *L. 18. D. de lib. et postum. L. 12. §. 2. D. de bonis libert. L. 25. C. de inoff. test.*

32) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 312.

33) *Frid. Gottl.* ZOLLER Diss. de exheredatione bona mente facta. *Lipsiae* 1769. §. 3. *Io.* SCHULTE Diss. de exheredatione bona mente. *Goettingae* 1774. Sect. II. §. 14. Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 916.

ten Fälle blos Beispielsweise angeführt worden sind. Es kann daher eine gutgemeinte Enterbung in jedem andern Falle Statt finden, da eine Gefahr vorhanden ist, daß der Notherbe, wenn man ihn die Erbschaft hinterlassen wollte, entweder durch sein eigenes Betragen, oder durch das Verfahren anderer gegen ihn darum kommen würde. Diese Meinung nimmt auch die Praxis an [34]). So kann daher heut zu Tage ein Vater auch seinen verschuldeten Sohn enterben, und ihn blos den standesmäßigen Unterhalt aussetzen, wenn jener voraussieht, daß wegen des bevorstehenden Concurses dem Sohn die Erbschaft selbst nichts helfen, sondern dieselbe von den Gläubigern werde in Beschlag genommen werden [35]).

Allein sollte denn eine solche Enterbung auch dem Justinianeischen Recht gemäß seyn? Sollte sie wirklich noch statt finden können, nachdem Justinian die Enterbungsursachen bey den Kindern und Eltern festgesetzt hat? Verschiedene neuere Rechtsgelehrte wollen daran zweifeln [36]), und

34) CARPZOV Iurisprud. for. P. III. Const. 9. Definit. 11. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 192. § 3. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1702.

35) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 22. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol V. Spec. CCCLVIII. med. 2. besonders FROMMANN in Diss. de exheredatione b. m. facta Th. 6. und STRYK Us. mod. Pand. Tit. de lib. et postum. §. 9.

36) HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 652. *Lud. God.* MADIHN Princip iur. Rom de Succession. §. 149. und *Frid. Andr.* MUHL Diss. Exheredationem bona mente factam iure noviori Romano non amplius admittendam esse. *Francof. ad Viadr.* 1800.

und diese Meinung hat nicht unerhebliche Gründe für sich. Vor Justinian ließ sich eine solche Enterbung wohl vertheidigen, weil die Beurtheilung der Statthaftigkeit eine Enterbung in Hinsicht ihrer Gründe dem Ermessen des Richters überlassen war. Man konnte also wohl eine Enterbung gelten lassen, bey welcher der Testirer eben nicht Bestrafung des Enterbten, sondern den wahren Vortheil desselben beabsichtiget hatte. Denn wer konnte eine Enterbung der Art als lieblos und unbillig verwerfen? Allein Justinian wollte alle richterliche Willkühr beschränken, indem er in der Novelle 115. Kap. 3. und 4. gewisse Enterbungsursachen festsetzte, und alle Ausdehnung derselben verbot. Hierzu kommt, daß der Pflichttheil nach den neuern Verordnungen des Kaisers Justinian auf keine Weise beschwert werden soll; es kann daher auch der bloße beabsichtigte Vortheil die Eltern nicht berechtigen, ihre Kinder zu enterben, weil jede Enterbung etwas gehäßiges ist, und der beabsichtigte Vortheil der Kinder eine exceptio de iure tertii zum Grunde hat, der höchstens ein Motiv für letztere werden kann, sie nicht anzufechten, die Eltern aber nie ihrer unbedingten Verbindlichkeit, den Kindern den gebührenden Pflichttheil zu hinterlassen, entledigen kann.

Allein die meisten Rechtsgelehrten [37]) behaupten dennoch, und, wie ich glaube, mit mehrerem Grund, daß die Aus-

37) STRYK Us. mod. Pand. Lib. XXXVIII. Tit. 2. §. 11. HUBER Praelect. ad Institut. Tit. de inoff. testam. §. 13. FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Pand. de lib. et postum. P. IV. cap. 3. §. 15. *Osius* AURELIUS Dispunct. 11. adversus *Merillium*. REINHARTH Diss. de eo quod iustum est circa exheredationem bona mente. §. 32. et 33. SCHULTE Diss. cit. Sect. II. §. 17. WESTEN-

Ausſchließung eines Notherben in guter Abſicht auch noch jetzt auf eine gültige Art geſchehen könne, ohne daß ein ſolches Teſtament für pflichtwidrig zu halten ſey. Denn die Novelle 115. enthält kein Wort davon, daß eine Enterbung dieſer Art aufgehoben ſeyn ſolle. Der ganze Inhalt der Novelle zeigt vielmehr, daß **Juſtinian** an dieſe Enterbungsart auch nicht entfernt dachte. Denn ſie beſtimmt blos die Urſachen, aus welchen es erlaubt ſeyn ſoll, Kinder oder Eltern wegen ihrer Undankbarkeit und Pflichtvergeſſenheit mit der Enterbung zu beſtrafen, und erkennt nur ſolche grobe Vergehungen als rechtmäßige Urſachen zur Enterbung an, welche den Teſtirer zur gerechten Rache auffordern, und mit Recht die Strafe der Enterbung verdienen. Wenn daher **Juſtinian** ſagt, daß die Enterbung nur aus den von ihm in der Nov. 115. beſtimmten Urſachen, und ſonſt aus keinen andern geſchehen ſolle, ſo iſt dieß auf die exheredatio bona mente facta um ſo weniger anzuwenden, da dieſe Enterbung nicht zur Beſtrafung des Enterbten, ſondern zu deſſelben eigenem Beſten geſchieht. Eben ſo wenig können die neuern Verordnungen des Kaiſers **Juſtinian**, nach welchen der Pflichttheil auf keine Weiſe beſchwert werden ſoll, auf dieſe Enterbungsart angewendet werden; denn wie hätte ſonſt die *L.* 25. *C. h. t.* neben der *L.* 32. *Cod. eodem* einen Platz behaupten können, wenn ſich Notherben auch nicht einmal in dem Falle eine Beſchwerde gefallen laſſen dürften, da ihr Vortheil dabey von dem Erblaſſer beabſichti-

WESTENBERG Dig. h. t. §. 42. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1702. not. c. Thibaut Syſtem des Pandectenrechts 2. Th. §. 916. und Deſſelben Theorie der logiſchen Auslegung des Röm. Rechts. S. 95.

sichtiget worden ist, wie besonders Barry [38]) sehr gründlich gezeigt hat. Für diese Meinung streitet auch der heutige Gerichtsgebrauch, wie die häufigen Beyspiele beweisen, welche wir von dieser Enterbungsart in den Schriften der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten [39]) finden, welche die heutige Gültigkeit derselben außer Zweifel setzen.

2) In Ansehung der Personen, welche aus guter Meinung enterbt werden können, ist es

a) außer Zweifel, daß sich die Eltern dieser Enterbungsart bey Kindern bedienen können, und zwar ist hier kein Unterschied, die Kinder mögen noch in väterlicher Gewalt seyn, oder nicht [40]). Es steht auch dieses Recht nicht nur dem Vater, sondern auch der Mutter [41]) zu. Da jedoch diese Enterbungsart nirgends auf Kinder schlechterdings beschränkt ist, indem vielmehr die Gesetze, wenn sie der Kinder erwähnen, blos Beyspielsweise und von dem gewöhnlichen Falle reden, so kann sie ohne Zweifel auch

b) bey

38) de Successionib Lib. XVI. nr 7. Man sehe auch LINCK Diss de exheredatione b. m. facta. § 23. Es ist daher unrichtig, wenn Westphal in der Theorie des R. R. von Testamenten §. 414. am Ende S. 308. behauptet, daß die *L. 25. cit.* durch die *L. 32 C. h. t.* aufgehoben sey.

39) BOEHMER Consultat. et Decis. Tom. II. P. I. Resp. 672. et P. II. Decis. 853. LEYSER Specim. CCCLVIII. med. 4. seqq. SANDE Decision. aureae Lib. IV. Tit. 2. Def. 3. REINHARTH select. Observation. ad *Christinaei* Decisiones. Vol. I. Obs. 67. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 192. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 4. Th. 14. not. 3.

40) *L. 16. §. 2. D. de curat. fur.*

41) *L. 3. §. 3. D. de Usur. L. 25. C. h. t.*

b) bey den Eltern statt finden, da bey diesen, wenn sie blödsinnig, oder verschwenderisch, oder verschuldet sind, ein gleicher Grund eintritt, aus welchem es auch den Kindern erlaubt seyn muß, ihre Eltern bona mente zu enterben. Es kann ja der Sohn zum Curator seiner Eltern bestellt werden [42]), warum sollte er also nicht auch durch eine gutgemeinte Enterbung für ihr Bestes zu sorgen befugt seyn? [43]). Streitiger aber ist es,

c) ob auch Geschwister, denen man eine persona turpis vorgezogen hat, bona mente enterbt werden können? Die meisten Rechtsgelehrten [44]) stimmen zwar für die bejahende Meinung. Allein den Geschwistern auf der einen Seite eine schändliche Person vorzuziehen, und dann, dieser Beschimpfung ungeachtet, doch wieder auf der andern Seite durch eine gutgemeinte Enterbung für ihr Bestes besorgt zu seyn, contrastirt mir doch etwas zu stark, als daß ich dieser

42) *L. 12. §. 1. D. de tutor. et curat. dat. L. 1. 2. et 4. D. de curator. furios. Christph. Lud.* CRELL Observation. de filio patris aut matris curatore. *Vitembergae* 1754.

43) REINHARTH cit. Diss. §. 29. LINCK cit. Diss. §. 9. AYRER Diss. de iure parentum legitimam liberorum b. m. gravandi §. 20. SCHULTE cit. Diss. Sect. II. §. 15. und JAMBSJAEGER cit. Diss. de testamento in specie inofficioso. P. III. §. 4.

44) LINCK cit. Diss. §. 9. ZOLLER cit. Diss. §. 2. p. 9. SCHULTE cit. Diss. §. 15. pag. 33. seqq. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1702. Letzterer sagt nr. I. *Exheredatio* sic dicta *bona mente facta*, quae si vel a *fratribus* adeo, *turpi instituta persona*, in quam tamen *omnem fiduciam suam* collocat testator! proveniat, querela inofficiosi impugnari nequit.

Meinung beypflichten könnte [45]). Der Grund, daß ein Bruder zum Curator blödsinniger oder verschwenderischer Geschwister bestellt werden könne [46]), kann hier nichts entscheiden, wo dem enterbten Bruder eine persona turpis nicht allein in der Erbfolge vorgezogen, sondern auch gewissermassen zu seinem Curator erhoben werden würde.

Nach Justinians Vorschrift müssen nun die in Ansehung der Descendenten und Ascendenten gebilligten Gründe der Ausschließung, namentlich im Testament angeführt werden, wenn das Testament nicht angefochten werden soll [47]). Eben dieß ist auch erforderlich, wenn die Ausschließung in guter Absicht geschieht. Mehrere Rechtsgelehrte [48]) wollen dieses zwar nicht für nöthig halten, wenn nur der Erbe beweisen könne, daß die Enterbung wirklich zum Besten

45) Mit mir stimmt auch Book in der syst. Entwickelung der Lehre von der Enterbung §. 11. S. 31. überein.

46) *L. 4. D. de legitim. tut. L. 5. C. de curator. fur.*

47) *Nov. CXV. cap. 3. pr.* Sancimus, ne ullo modo patri aut matri, etc. filium suum aut filiam, aut reliquos liberos in testamento suo praeterire, aut exheredare liceat, nisi forte ingrati probentur, et *parentes ipsas ingratitudinis causas nominatim in testamento suo scripserint.* — *Cap. 4. pr.* Sancimus, ne liberis parentes suos praeterire vel eos quocunque modo a rebus suis, in quibus potestatem testandi habent, plane excludere liceat, *nisi causas,* quas enumerabimus, *in testamentis suis specialiter scripserint.*

48) STRYK Us. mod. Pand. Lib. XXVIII. Tit. 2. §. 10. MÜLLER ad *Struvii* Synt. Iur. civ. Exerc. XXXII. Th. 35. not. β. nr. VIII. FROMMANN Diss. cit. §. 5. LINCK cit. Diss. §. 12. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1702. not. i. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 598.

sten des Enterbten gereiche. Allein den Gesetzen ist diese Meinung nicht gemäß. Diese erfordern auch bey der Enterbung in guter Absicht ausdrücklich die Anführung einer Ursache [49]; und dieß ist um so nothwendiger, weil sonst von keiner Enterbung im Zweifel vermuthet werden kann, daß sie in guter Absicht geschehen ist, wenn diese Absicht im Testament nicht deutlich zu erkennen gegeben worden ist [50]; daher der ganze Rechtsbestand derselben auf der beygefügten Ursache beruhet [51]). Diese Meinung hat auch die Auctorität der Praxis für sich [52]).

Der Erbe muß ferner die Wahrheit der angeführten Ursach, insofern dieselbe bestritten wird, zu erweisen im Stande seyn. Dieß ist wenigstens, wenn von der Enterbung wegen der Undankbarkeit oder Pflichtvergessenheit die Rede ist, in der Novelle 115. Kap. 3. und 4. deut-

 lich

49) *L.* 3. §. 2. *D. de Usuris. L.* 16. §. 2. *D. de curator. furios.* wo es heißt: addita causa, necessitateque iudicii sui.

50) MANTICA Coniectur. ultimar. voluntat. Lib. IV. Tit. 13. nr. 17. MENOCHIUS de praesumtionib. Lib. IV. praes. 28.

51) REINHARTH cit. Diss. §. 24. b. AYRER Diss. de iure parentum legitimam liberor. b. m. gravandi §. 18. SCHULTE Diss. cit. Sect. II. §. 13. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 21. p. 214. HUBER Praelect. ad Institut. Tit. de inoff. testam. §. 13. JAMBSJAEGER Diss. cit. P. III. §. 3. Hopf a. a. O. §. 21. S. 65. und Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 916.

52) PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 192. §. 4. *Frid.* BEHMER nov. ius controv. Tom. II. Obs. 62. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Consil. 40. nr. 7. p. 469. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. Band Resp. 31. nr. 9.

lich verordnet. In dem 3. Kap. heißt es nämlich am Ende: Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam parentes in suo testamento inseruerint, et *scripti heredes nominatam vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverint,* testamentum vim suam habere iubemus. Eben dieses wird im 4. Kap. am Ende bey der Enterbung der Eltern fast in den nämlichen Ausdrücken wiederholt. Ob dieß aber auch auf die Enterbung in guter Absicht anzuwenden sey, ist zweifelhaft. **Johann Schulte**[53]) läugnet es schlechterdings. Soviel ist gewiß, daß **Justinian** in der Novelle 115. an diese Enterbungsart auch nicht entfernt dachte, wie bereits oben bemerkt worden ist. Die Frage, wem bey dieser Enterbungsart der Beweis obliege, muß also eigentlich aus dem ältern Recht entschieden werden. **Schulte** behauptet nun, daß nach diesem Rechte der bona mente Enterbte den Beweis übernehmen müsse, wenn er das Testament anfechten wolle, und zwar erstens darum, weil der Beweis der unbilligen Enterbung vor **Justinian** jederzeit dem Kläger obgelegen; dabey müsse es nun aber zweytens in unserm Falle um so mehr bleiben, weil bey der Enterbung aus guter Absicht immer die Rechtsvermuthung gegen den Enterbten streite, welche die Beweislast auf ihn wälzt. Dieß erhelle drittens noch deutlicher daraus, weil der Erbe sich hier verneinend auf die Klage einläßt, der Enterbte müsse also die Unwahrheit der Ursache schon darum beweisen, weil sie den Grund seiner Klage ausmacht. Allein mir scheint diese Meinung auf lauter unrichtigen Voraussetzungen zu beruhen, deswegen trage ich

53) Diss. de exheredatione b. m. Sect. II. §. 18. pag. 42. seq.

ich Bedenken, ihr beyzupflichten. Es ist erstens ganz unrichtig, daß vor **Justinian** dem Enterbten der Beweis ohne Unterschied obgelegen, wenn er das Testament als lieblos anfocht. Dieser lag ihm nur dann ob, wenn die Enterbung schlechthin geschehen, oder wenigstens der Undankbarkeit nur im Allgemeinen gedacht war. Hier mußte der Kläger erweisen, *immerentem se, et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum*, wie **Marcellus**[54]) sagt. War hingegen eine Ursache im Testament angeführt, so mußte schon vor **Justinian** die Wahrheit derselben von dem eingesetzten Erben erwiesen werden, wenn der Kläger abgewiesen werden sollte[55]). Letzteres mußte nun allemal bey der Enterbung aus guter Meinung geschehen, wie **Schulte**[56]) selbst nicht läugnet, und oben auch von mir näher bewiesen worden ist. Wie konnte also nach den Grundsätzen des ältern Rechts dem Kläger bey dieser Enterbungsart der Beweis aufgebürdet werden? Da also hierin nach der Nov. 115. zwischen beyden Arten der Ausschließung kein Unterschied mehr ist, sondern bey beyden nach Vorschrift der Gesetze immer eine gesetzmäßige Ursach im Testament namentlich angeführt werden muß, so muß auch in Ansehung des Beweises bey beyden das nämliche gelten. Hiernächst läßt sich auch zweytens nicht schlechterdings behaupten, daß bey der Enterbung in guter Absicht die Rechtsvermuthung gegen den Kläger streite. Prodigalität, die nicht gerichtlich

 er-

54) *L.* 3. *et* 5. *D. h. t.*

55) *L.* 22. *et L.* 28. *in fin. Cod. h. t.* S. *Car. Christ.* HOFACKER Diss. sist. historiam iuris civ. de exhaeredatione et praeteritione. §. 13. pag. 19.

56) Diss. cit. Sect. II. §. 13. pag. 29.

erklärt worden, kann im Zweifel eben so wenig vermuthet werden, als ein verschuldeter Vermögenszustand des b. m. Enterbten, der nicht gerichtskundig ist, und wird durch das bloße Zeugniß des Testirers eben so wenig erwiesen, als eine Undankbarkeit des mala mente Enterbten [57]). Muß nun letztere von dem eingesetzten Erben bewiesen werden, weil für den Kläger die Vermuthung streitet [58]); so muß das nämliche auch bey der Enterbung bona mente Rechtens seyn.

Jede Ausschließung eines Notherben erfordert ferner, wenn sie gültig seyn soll, daß statt des Enterbten ein anderer Erbe auf eine rechtsbeständige Art müsse instituirt worden seyn, durch welchen das Testament, und mit demselben die darin geschehene Enterbung aufrecht erhalten werden kann [59]). Hätte daher der Erblasser, ohne einen Erben zu ernennen, bloß in einem Codicill gesagt: Es mag nach meinem Tode mein Erbe seyn, wer da will, mein Sohn soll auf jeden Fall enterbt seyn, so ist diese Enterbung ungültig [60]). Das nämliche gilt in dem Falle,

57) Man sehe vorzüglich VOET Commentar. ad Pand. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 10. §. 10.

58) *Ge. Mich. de* MEZGER Diss. de onere probandi, et caussis, quae litigantem ab eo immunem reddunt. *Altorfii 1800.* §. 22.

59) *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Dig. de liberis et postum. P. IV. cap. 2. §. 2. et 3. pag. 99. seq.

60) *L. 3. §. 2. D. de liberis et postum.* Si ita eum exheredaverit: *Quisquis mihi erit heres, filius exheres esto;* ut JULIANUS scribit, huiusmodi exheredatio vitiosa est. Die Florentinischen Pandecten lesen zwar: *Quisquis mihi erit filius, exheres esto.* Allein schon Charondas hat in seiner Ausgabe der Pandecten (*Antwerpiae 1575. f.*) angemerkt, daß die Florentinische

Falle, wenn der Vater seinen Sohn zuerst instituirt, und denselben nachher in dem nämlichen Testament wieder exheredirt hätte, ohne einen andern Erben oder Substituten zu ernennen [61]). Die Ausschließung muß also schlechterdings in einem an sich gültigen Testament geschehen, gleichviel, ob es ein feyerliches oder privilegirtes ist [62]). Mehrere Rechtsgelehrte [63]) sind zwar der Meinung, daß eine Enterbung in guter Absicht auch in einem Codicill geschehen könne, weil sogar eine im Codicill geschehene Pupillarsubstitution durch billige Auslegung wenigstens als ein Fideicommiß aufrecht erhalten wird [64]). Allein die Gesetze [65]) sagen unbedingt, daß in Codicillen keine Enterbung geschehen könne, und von der Pupillarsubstitution läßt sich auf die Enterbung kein gültiger Schluß machen, weil sich nach der Natur

nische Leseart unrichtig sey. S. auch *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendation. iur. Rom. Lib. II. cap. 18. p. 187.

61) *L. 1. §. 4. D. de his, quae in testam. delent.* — Non quasi ademta (quoniam hereditas semel data adimi facile non potest) sed quasi nec data videbitur hereditas. S. CUJACIUS lib. XVII. Observation. cap. 38. *Gilbert.* REGIUS Ἐναντιοφαν. Lib. II. cap. 11. (in *Thes. iuris Rom. Ottoniano* T. II. p. 1502.) FINESTRES c. l. §. 3. pag. 100.

62) JAMBSJAEGER Diss. de testamento in sp. inofficioso. P. III. §. 7.

63) MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXXII. Th. 35. lit. *β*. nr. X. P. II. pag. 706. LINCK Diss. de exheredat. b. m. facta. §. 16. FROMMANN Diss. de exheredat. b. m. Th. 5. und ZOLLER Diss. de exheredatione b. m. facta §. 8.

64) *L. 76. D. ad SCtum Trebell.*

65) *§. 2. I. de codicillis. L. 2. Cod. eodem.* *van de* POLL de exheredat. cap. 34.

tur der Codicille, die ursprünglich zu Fideicommissen bestimmt waren, bey der Substitution der Wille des Erblassers, eine fideicommissarische Verordnung zu machen, eher annehmen läßt, als bey einer geschehenen Enterbung, wie **Papillonius** [66]) und **Pancirollus** [67]) mit mehreren gezeigt haben. Aus diesen Gründen trete ich daher der verneinenden Meinung des **Johann Schulte** [68]) und Herrn Prof. **Jambsjäger** [69]) ohne Bedenken bey.

Endlich muß noch insonderheit ein väterlicher Ascendent seine Descendenten, ohne Rücksicht des Geschlechts und Grades [70]), wenn die Exheredation förmlich seyn, und nicht als Präterition gelten soll,

1) namentlich, das heißt, genau bezeichnet enterben. Er muß sie also entweder mit Namen nennen, oder sich einer solchen Beschreibung bedienen, welche die Stelle des Namens vertreten kann [71]), z. B. wenn der Testirer sagt, mein Sohn erster Ehe, meine älteste Tochter soll enterbt seyn. Demonstratio talis vice nominis fungitur, sagt **Florentinus** [72]). Ohne besondere Benennung oder Beschreibung ist die Enterbung nur dann gültig, wenn entweder

66) De Substitutione pupillari cap. IV. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. IV. p. 726. seq.)

67) Thesaur. variar. lectionum. cap. 107. (in HEINECCII *Iurisprud. Rom. et Attica* Tom II. pag. 1214. sq.)

68) Diss. cit. Sect. II. §. 12.

69) Diss. cit. de testamento, in sp. inofficioso P. III. §. 3.

70) *L.* 4. *C. de lib. praeterit.*

71) *L.* 1. *et* 3. *D. de lib. et postum.*

72) *L.* 34. *D. de condit. et demonstrat.*

der nur ein Sohn, oder nur eine Tochter vorhanden ist, und diese oder jener enterbt wird [73]), oder der Testirer seine sämmtlichen Söhne, oder sämmtliche Kinder enterbt [74]).

2) Sie muß unbedingt geschehen [75]). Wenn Ulpian [76]) sagt: Pure autem filium exheredari, IULIANUS putat; qua sententia utimur, so scheint es, als wäre dieß unter den alten Rechtsgelehrten nicht außer allem Zweifel gewesen. Allein so ist es nicht. Schon Heraldus [77]) und vor ihm Connanus [78]) haben bemerkt, daß sich Julians Meinung auf die Enterbung cum convicio beziehe, von der Ulpian unmittelbar vorher redet. Bey dieser konnte der Zweifel entstehen, ob sie nicht für bedingt zu halten sey. Z. B. wenn der Vater sagt in seinem Testament; mein Sohn, der Dieb, der Gladiator, soll enterbt seyn, so konnte es scheinen, als ob die Enterbung unter der stillschweigenden Bedingung zu verstehen sey, wenn der Sohn wirklich die ihm beygelegte Eloge verdient. Allein mit Recht hielt Julian dafür, daß eine dergleichen Enterbung für unbedingt zu halten sey, weil der Vater

73) *L. 2. D. de lib. et postum.*

74) L. 25. *D. eodem.* S. *Claud.* CANTIUNCULAE Paraphras. in tres prior. Institut. civil. libros Lib. II. Tit. 13. pag. 371. FINESTRES Prael. Cervar. P. IV. cap. 2. §. 6—10. und *van de* POLL cap. 72.

75) FINESTRES Praelect. Cervar. P. IV. cap. 2. §. 11. seqq.

76) *L. 3. §. 1. D. de lib. et postum.*

77) Observation. et Emendation. libr. cap. 28. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II pag. 1345.)

78) Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 2.

Vater dem Sohn blos aus Haß jene Ehrentitel beygelegt hat, nicht aber darum, als ob er das, was dadurch angedeutet wird, für wahr gehalten habe. Darin waren also alle Rechtsgelehrten einverstanden, daß eine Enterbung unbedingt geschehen müsse, wenn sie gültig seyn soll. Der sicherste Beweiß hiervon war, daß der Prätor einem Sohn, den der Vater unter einer Bedingung enterbt hat, die bonorum possessionem contra tabulas giebt, wie Hermogenian [79]) lehrt. Diese steht keinem Kinde zu, welches rite enterbt worden ist [80]). Fragt man nun aber, warum die Enterbung unbedingt geschehen müsse, so giebt Hermogenian [81]) folgende Antwort: *Certo enim iudicio liberi a parentum successione removendi sunt.* Dieser Grund schließt vollends alle Art der Bedingung aus. Die Eltern sollen in ihrem Entschluß nicht schwanken, wenn sie die Kinder enterben wollen. Wenn nun aber der Vater ein Kind unter einer Bedingung exheredirt, so scheint er mit sich selbst noch nicht eins zu seyn, ob es von der Erbschaft wirklich ausgeschlossen seyn solle, oder nicht. Höpfner [82]) wendet zwar dagegen ein, daß man nach Papinians [83]) und Ulpians [84]) Lehre einen filium suum unter einer Potestativbedingung zum Erben ernen-

79) *L. 18. pr. D. de bonor. poss. contr. tab.* S. *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani JCti iuris epitomar. libros VI. Tom. II. pag. 694. seqq.

80) *L. 8. §. 2. D. de bonor. poss. contra tab.*

81) *L. 18. pr. D. eodem.*

82) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 476.

83) *L. ult. D. de condit. institut.*

84) *L. 4. pr. D. de hered. instituend.*

ernennen könne. Thut man dieß, so enterbe man ihn ja implicite auf den Fall, daß er die Bedingung nicht erfüllen wird. Allein da es hier in der Macht des Erben steht, die Bedingung zu erfüllen, so ist hier auf den entgegengesetzten Fall keine Enterbung anzunehmen, die ohnehin nicht stillschweigend geschehen kann, sondern es ist vielmehr nach **Tryphonins** [85]) Lehre zu behaupten, der Sohn habe die Erbschaft ausgeschlagen. Noch weniger aber kommt **Höpfners** Einwendung nach dem neuern Recht in Betrachtung, da der Sohn auch nicht einmal eine Potestativbedingung erfüllen darf, wenn er bloß mit dem Pflichttheil vorlieb nehmen will, wie schon oben (S. 74.) bemerkt worden ist [86]). Soviel ist indessen gewiß, daß eine Enterbung auch sogar unter einer casuellen Bedingung geschehen kann, wenn man den Notherben nur zugleich unter einer, das Gegentheil derselben enthaltenden Bedingung einsetzt [87]). Hiervon kann wohl der Grund kein anderer seyn, als der, weil nun der Notherbe auf keine Weise für präterirt gehalten werden kann [88]). Denn daß es doch hier dem Vater mit der Enterbung kein rechter Ernst sey, ist wohl nicht zu läugnen. Es ergiebt sich also hieraus, daß der oben vom **Hermogenian** angeführte Grund nicht durchgreifend ist. Der wahre Grund, warum die Enterbung unbedingt geschehen muß, ist also vielmehr der, damit der Notherbe nicht für präterirt

85) *L.* 13. *D. de legat. praest.* *L.* 174. *D. de Reg. iuris.* FINESTRES Praelect. Cervar. P. III. Cap. 2. §. 4.

86) Man s. auch *Luc. van de* POLL de exheredat. cap. 74. §. 9.

87) *L.* 86. *D. de hered. instit.*

88) FINESTRES Praelect. Cervar. P. IV. Cap. 2. §. 13. et 14. pag. 106. seqq.

terirt gehalten werden könne. Dies fällt nun aber weg, wenn der bedingt Enterbte auf den entgegengesetzten Fall ist instituirt worden. Denn nun trete die Bedingung ein oder nicht, so ist der Notherbe entweder instituirt, oder enterbt, und also auf keinen Fall präterirt [89]). Nach dieser Ansicht fallen nun, wie ich glaube, die Widersprüche, und übersubtilen Subtilitäten weg, welche der sel. Höpfner hier zu finden geglaubt hat. Ist nun aber gleich die von einem väterlichen Ascendenten unter einer Bedingung geschehene Enterbung seines Notherben in dem Falle pro *rite* facta zu halten, da auf den entgegengesetzten Fall eine Einsetzung geschehen ist; so schließt diese Enterbung doch die Inofficiositätsklage nicht aus, wenn sie ohne rechtmäßige Ursache geschehen ist. Dies ist wohl zu unterscheiden, wie auch Finestres [90]) ganz richtig bemerkt hat. Westphal [91]) will behaupten, daß sich eine bedingte Enterbung, auch ohne eine ausdrückliche Einsetzung auf den entgegenstehenden Fall, nach den neuesten Grundsätzen vertheidigen lasse, weil jene Verordnung der Pandecten auf ein bloßes Formelwerk hinauslaufe. Allein hiervon kann ich mich nicht überzeugen. Zu Justinians Zeiten war doch gewiß das Formelwesen bey letzten Willensverordnungen längst aufgehoben, und doch ließ er jene Vorschrift seinen Pandecten als geltendes Recht einverleiben. Es ist mir auch kein neueres Gesetz bekannt, wodurch sie wieder wäre aufgehoben worden. Aus eben diesem Grunde zweifle ich daher auch sehr, ob Höpfner Recht hat,

89) Man sehe vorzüglich POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. II. Lib. XXVIII. Tit. 2. Nr. XI. Not. i. pag. 182.

90) Praelect. Cervar. l. c. §. 14.

91) Theorie des R. R. von Testamenten §. 586.

hat, wenn er glaubt, daß wenigstens heutiges Tages ein Testament deswegen nicht für nichtig zu halten wäre, wenn Jemand einen Notherben bedingt enterbte, und daß der Enterbte vollends gar nichts dagegen unternehmen könne, wenn der Testator eine gerechte Ursache der Enterbung angeführt hätte. Denn gilt der Grundsatz noch, daß ein Testament, worin der Vater einen suum heredem übergeht, nichtig ist, wie doch **Höpfner**[92]) selbst behauptet, so kann auch eine bedingte Enterbung nicht für rite geschehen angenommen werden, die auf den entgegengesetzten Fall als eine Präterition anzusehen ist.

3) Die Enterbung muß nicht **auf den Todesfall des Enterbten** geschehen. Ein Testament, worin der Vater ein Kind auf diese Art enterbt hat, ist null und nichtig. **Julian**[93]) sagt ausdrücklich: Testamentum, quod hoc modo scribitur: *Titius post mortem filii mei heres esto, filius exheres esto*, nullius momenti est, quia filius *post mortem suam* exheredatus est. Denn die Enterbung, so wie die ganze Verordnung des Testaments, hängt von der Antretung des eingesetzten Erben ab, und erhält erst von da an ihre Gültigkeit. In dem gegebenen Falle kann nun aber der Erbe die Erbschaft nicht eher antreten, als nach dem Tode des Enterbten, also wäre die Enterbung auch erst von der Zeit an gültig, welches lächerlich ist[94]).

4) Die Enterbung muß **von der ganzen Erbschaft**, folglich ohne Einschränkung auf gewisse Sachen, oder

92) **Commentar** §. 528.

93) *L.* 13. §. 2. *D. de lib. et postum.* L. 29. §. 10. *D. eodem.*

94) POTHIER Pandect. Iustin. Tom. II. Tit. de lib. et postum. Nr. XII. not. l. FINESTRES Praelect. cit. P. IV. cap. II. §. 20.

oder einen Theil der Güter geschehen. Denn wer blos in Ansehung eines Theils der Erbschaft oder nur in Ansehung einer gewissen Sache enterbt ist, ist in Ansehung des übrigen Nachlasses präterirt, weil er hierin weder eingesetzt noch exheredirt ist[95]). Paulus[96]) sagt ausdrücklich: Quum quidam filiam ex asse heredem scripsisset, filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit: *et in caetera parte exheres mihi erit;* et quaereretur, an recte exheredatus videretur? Scaevola respondit: *non videtur.* Et in disputando adiiciebat, ideo non valere, *quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur.* Man könnte zwar einwenden, es sey doch die Einsetzung eines Notherben in einem gewissen Theile der Erbschaft nicht ungültig, wenn auch dieser den Pflichttheil noch nicht ausmacht, und in Ansehung des übrigen Vermögens kein Miterbe eingesetzt worden, denn hier accrescirt das übrige dem Notherben, und er bekommt alles[97]). Könnte nun also nicht auch eine Enterbung, welche in Ansehung eines Theils der Erbschaft, oder in Ansehung einer gewissen Sache geschehen ist, aufrecht erhalten werden: detracta scilicet certae portionis vel certae rei mentione? Diesen Einwurf widerlegt schon Scävola selbst, wenn er in der oben aus Paulus angeführten Stelle[98]) noch hinzufügt: *aliam causam esse institutionis, quae benigne accipitur, exheredationes autem non esse adjuvandas.* Eben dieses bestärkt Cajus

95) FINESTRES Praelect. Cervar. P. IV. Cap. II. §. 23. pag. 112.

96) *L. 19. D. de liber. et postum.*

97) *L. 1. §. 4. D. de heredib. instit. L. 6. §. 13. L. 10. D. eodem.* FINESTRES cit. Praelect. P. II. Cap. I. §. 4. et 5.

98) *L. 19. cit. de lib. et postum.*

jus[99]), wenn er sagt: Non est consentiendum parentibus, qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt, quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delinimentis instigationibusque corrupti. Verschiedene Rechtsgelehrte[100]) wollen auch diese Vorschrift für eine bloße Subtilität halten, auf die heutiges Tages keine Rücksicht mehr zu nehmen sey. Sie wollen daher behaupten, daß ein solches Testament heut zu Tage nicht für ungültig zu halten sey, worin der Vater ein Kind in Ansehung eines Theils der Erbschaft enterbt hat, sondern nur die Wirkung habe, daß das auf solche Art enterbte Kind zwar an der Sache, auf welche die Enterbung geht, keinen Anspruch machen, von der übrigen Erbschaft aber seinen Theil fordern könne. Heutiges Tages sey also nichts dagegen einzuwenden, wenn der Vater in seinem Testament sagt: mein Sohn soll 1000 Thlr. haben, in Ansehung meiner übrigen Erbschaft enterbe ich ihn. Allein auch diese Meinung läßt sich nicht vertheidigen. Man unterscheide folgende Fälle. Wenn der Vater ein Kind in Ansehung einer gewissen Sache, oder in Ansehung eines gewissen Theils der Erbschaft exheredirt, so hat er entweder die Kinder überhaupt instituirt, so daß das in Ansehung einer gewissen Sache exheredirte Kind wirklich unter der allgemeinen Benennung det Kinder mit instituirt worden ist, oder der Vater hat durch Ernennung eines Universalerben deut-

 lich

99) *L.* 4. *D. h. t.*

100) *Luc. van de* POLL de exheredatione et praet. cap. LXXVI. §. 5. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLVI. medit. 7. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 474. not. 1.

lich erklärt, daß das Kind wirklich enterbt seyn solle. In dem ersten Falle, wenn z. B. der Vater sagt, meine Kinder setze ich zu meinen Erben ein, jedoch soll mein Sohn in Ansehung meines Hauses enterbt seyn; so ist freylich gegen die Gültigkeit des Testaments nichts einzuwenden, weil man hier nicht sagen kann, der Sohn sey präterirt, der ohne Zweifel unter der allgemein geschehenen Einsetzung der Kinder mit begriffen ist. Er kann also in diesem Falle nur von dem Hause nichts fordern, denn dies ist den übrigen Kindern gleichsam zum Voraus vermacht. Nur dann, wenn er dadurch in seinem Pflichttheil wäre verkürzt worden, würde ihm die suppletorische Klage zu statten kommen, weil der Pflichttheil auf keine Weise geschmälert werden darf. In dem letzten Falle hingegen kann auch heut zu Tage das Testament so wenig, als zu Paulus Zeiten, bestehen. Denn wenn auch der Vater dem Kinde ein Vermächtniß hinterlassen hätte, was so viel, als der Pflichttheil, beträgt; so ist doch derselbe nicht auf die in der Nov. 115. Kap. 3. vorgeschriebene Art hinterlassen worden. Das Kind ist also auch nach dem neuern Röm. Recht für präterirt zu achten, und daher das Testament ungültig, wie die Leipziger und Wittenberger Fakultät bey Wernher [1]) ganz richtig erkannt hat. Es ist überhaupt eine Regel, daß wenn von den rechtlichen Erfordernissen der Enterbung die Rede ist, die Sache immer streng nach den Gesetzen genommen werden müsse. Im Zweifel ist daher immer eher gegen die

1) Sélect. Obſervat. for. Tom. I. P. V. Obſ. 210. Man sehe auch *Io. God.* BAUER Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa formam exheredationis. §. 7.

die Exheredation, als für dieselbe zu sprechen. Nur wenn darüber gestritten wird, ob die angeführte Enterbungsursache für gerecht und wahr zu halten sey, ist im Zweifel für die Gültigkeit des Testaments zu sprechen, wenn der Enterbte sie durch seinen Gegenbeweis nicht ganz aus dem Wege zu räumen vermocht hat [2]). Endlich muß die Enterbung auch

5) am **rechten Orte**, und auf eine solche Art im Testament geschehen, daß sie sich auf jeden Grad sowohl der Erbeneinsetzung als der Substitution bezieht. Sind also

a) mehrere Erben ernannt, so muß sie so geschehen, daß sie sich nicht blos auf **einen**, sondern auf **alle Miterben** bezieht. (*Fieri debet ab omnibus heredibus.*) Dieß geschieht, wenn sie zwischen der Ernennung der Miterben ihren Platz bekommt, wie **Ulpian** [3]) sagt: Filius *inter medias quoque heredum institutiones* recte exheredatur, et erit *a toto gradu* summotus, nisi forte ab unius persona eum testator exheredaverit. Nam si hoc fecit, vitiosa erit exheredatio. Wenn man also sagte: *Titius, excluso filio meo, heres esto, Cajus quoque heres esto*, so war die Enterbung nur ab uno herede geschehen, und galt nicht. Ich

 mußte

2) Hierauf ziehlt **Marcellus** *L. 10. D. h. t.* wo er sagt: Si pars iudicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dixerit, quod interdum fieri solet, humanius erit, sequi eius partis sententiam, quae secundum testamentum pronunciavit, nisi si aperte iudices inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit. S. HUBER Eunom. Rom. ad L. 10. cit. und FINESTRES Praelect. Cervar. P. IV. cap. I. §. 17. seqq.

3) *L. 3. §. 2. D. de lib. et postum.*

mußte sagen: *Titius heres esto, filius exheres* *heres esto.* Nun erst ist die Enterbung a toto institutorum gradu geschehen [4]).

b) Sind dem eingesetzten Erben ein oder n ben substituirt worden, so muß die Enterbung so daß solche sich auf jeden Substituten bezieht. (A *ab omnibus gradibus*). Sie muß also entweder der Erbeinsetzung geschehen, oder zwischen beyden der Institution und der Substitution ihren Platz ein Ulpian [5]) sagt: *Ante heredis institutionem* exher ab omnibus gradibus summotus est. *Inter duos gradus* exheredatus, ab utroque remotus est, secu *Scaevola* sententiam, quam puto veram. Z. B. *heres esto:* FILIUS EXHERES ESTO. *Si Titius heres erit, Caius heres esto* [6]). Eben dieses gilt auch in Falle, da zwar die Grade der Institution und der Su tution unter einander gemischt sind, die Enterbung a doch am Ende des ersten Grades, und also zwischen die und dem zweyten Grade steht. In eo, qui miscuit du gradus, fährt Ulpian [7]) fort, exheredationem vale

Mau

4) FINESTRES Praelect. cit. P. IV. cap. 2. §. 25. pag. 1 Höpfner im Commentar über d. Institut. §. 476. S. 5 irrt, wenn er auch hier die Enterbung für ungültig hält, n fern nicht auch noch nach der Einsetzung des zweyten Erben l Worte beygesetzt würden: *filius exheres esto.*

5) *L. 3. §. 3. et. 4. D. de lib. et postum.*

6) Ohne allen Grund hält Höpfner im Commentar über d Institut. a. a. O. diese Art der Enterbung für ungültig. M sehe vielmehr FINESTRES Praelect. Cervar. P. II. cap. II. §. 2 und Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 5

7) *L. 3. §. 5. D. eodem.*

tricianus recte putat; veluti: *Primus heres esto ex* *sse. Si primus heres non erit, secundus ex semisse heres* . *Tertius ex alio semisse heres esto.* FILIUS EXHERES TO. *Si tertius heres non erit, quartus heres esto.* Nam utroque gradu summotus est [8]). Wenn die Enterng ganz am Ende nach der Institution und Substitution schieht, so muß der Testirer ausdrücklich erklären, daß die nterbung auf beyde Grade gehen solle; ist dieses nicht gehehen, so ist anzunehmen, daß die Enterbung blos von em zweyten Grade geschehen sey, wofern nicht aus den Umständen erhellt, daß es dennoch die Absicht des Testirers zewesen sey, den Sohn von allen Graden zu enterben. Dieß ist der Fall, wenn der Vater die übrigen Kinder zu Erben einsetzt, und solche einander substituirt hat. Denn sind die nämlichen Personen substituirt worden, welche der Testator zu Erben eingesetzt hat, so läßt sich nicht behaupten, die Enterbung sey nur von einem Grade geschehen. Hieraus erklärt sich nun, wenn Kr. Antonin [9]) sagt: Quum post omnes heredum gradus exheredatio scribitur, si adjiciat testator, *ab omnibus se gradibus exheredare;* non dubitatur iuri satisfactum esse. Et ideo etiamsi id non adiiciatur, appareat tamen, *eum id eo consilio*

8) Hätte der Testirer die Grade nicht gemischt, sondern so gesagt: *Titius ex semisse, Caius ex altero semisse heres esto: Si Titius heres non erit, Lucius heres esto.* FILIUS EXHERES ESTO. *Si Caius heres non erit, Sempronius heres esto*, so ist der Sohn bloß vom zweyten Grade enterbt. POTHIER Pand. Iustin. Tom. II. Tit. *de lib. et postum.* Nr. XVIII. not. g.

9) *L. 1. C. de lib. praet. Van de* POLL de exheredat. et praeterit. Cap. LXXVII. §. 14. et 15. und FINESTRES Praelect. Cerv. P. IV. cap. 2. §. 29. et 30.

mußte sagen: *Titius heres esto, filius exheres esto, Seius heres esto.* Nun erst ist die Enterbung a toto heredum institutorum gradu geschehen [4]).

b) Sind dem eingesetzten Erben ein oder mehrere Erben substituirt worden, so muß die Enterbung so geschehen, daß solche sich auf jeden Substituten bezieht. (*Fieri debet ab omnibus gradibus).* Sie muß also entweder noch vor der Erbeinsetzung geschehen, oder zwischen beyden Graden der Institution und der Substitution ihren Platz einnehmen. Ulpian [5]) sagt: *Ante heredis institutionem* exheredatus, ab omnibus gradibus summotus est. *Inter duos* autem *gradus* exheredatus, ab utroque remotus est, secundum *Scaevola* sententiam, quam puto veram. Z. B. *Titius heres esto:* FILIUS EXHERES ESTO. *Si Titius heres non erit, Caius heres esto* [6]). Eben dieses gilt auch in dem Falle, da zwar die Grade der Institution und der Substitution unter einander gemischt sind, die Enterbung aber doch am Ende des ersten Grades, und also zwischen diesem und dem zweyten Grade steht. In eo, qui miscuit duos gradus, fährt Ulpian [7]) fort, exheredationem valere, *Mauri-*

4) FINESTRES Praelect. cit. P. IV. cap. 2. §. 25. pag. 112. Höpfner im Commentar über d. Institut. §. 476. S. 521. irrt, wenn er auch hier die Enterbung für ungültig hält, wofern nicht auch noch nach der Einsetzung des zweyten Erben die Worte beygesetzt würden: *filius exheres esto.*

5) *L. 3. §. 3. et. 4. D. de lib. et postum.*

6) Ohne allen Grund hält Höpfner im Commentar über die Institut. a. a. O. diese Art der Enterbung für ungültig. Man sehe vielmehr FINESTRES Praelect. Cervar. P. II. cap. II. §. 28. und Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 595.

7) *L. 3. §. 5. D. eodem.*

Mauricianus recte putat; veluti: *Primus heres esto ex semisse. Si primus heres non erit, secundus ex semisse heres esto. Tertius ex alio semisse heres esto.* FILIUS EXHERES ESTO. *Si tertius heres non erit, quartus heres esto.* Nam ab utroque gradu summotus est [8]). Wenn die Enterbung ganz am Ende nach der Institution und Substitution geschieht, so muß der Testirer ausdrücklich erklären, daß die Enterbung auf beyde Grade gehen solle; ist dieses nicht geschehen, so ist anzunehmen, daß die Enterbung blos von dem zweyten Grade geschehen sey, wofern nicht aus den Umständen erhellt, daß es dennoch die Absicht des Testirers gewesen sey, den Sohn von allen Graden zu enterben. Dieß ist der Fall, wenn der Vater die übrigen Kinder zu Erben einsetzt, und solche einander substituirt hat. Denn sind die nämlichen Personen substituirt worden, welche der Testator zu Erben eingesetzt hat, so läßt sich nicht behaupten, die Enterbung sey nur von einem Grade geschehen. Hieraus erklärt sich nun, wenn Kr. Antonin [9]) sagt: Quum post omnes heredum gradus exheredatio scribitur, si adjiciat testator, *ab omnibus se gradibus exheredare;* non dubitatur iuri satisfactum esse. Et ideo etiamsi id non adiiciatur, appareat tamen, *eum id eo consilio*

 scri-

8) Hätte der Testirer die Grade nicht gemischt, sondern so gesagt: *Titius ex semisse, Caius ex altero semisse heres esto: Si Titius heres non erit, Lucius heres esto.* FILIUS EXHERES ESTO. *Si Caius heres non erit, Sempronius heres esto,* so ist der Sohn bloß vom zweyten Grade enterbt. POTHIER Pand. Iustin. Tom. II. Tit. *de lib. et postum.* Nr. XVIII. not. g.

9) *L. 1. C. de lib. praet. Van de* POLL de exheredat. et praeterit. Cap. LXXVII. §. 14. et 15. und FINESTRES Praelect. Cerv. P. IV. cap. 2. §. 29. et 30.

scripsisse, ut ab omnibus exheredaret; recte factum testamentum videtur. Proinde cum paterfamilias, filiis institutis et invicem substitutis, filium exheredaverit; intelligendus est, exheredationem ab utroque gradu fecisse. Nam cum iidem heredes instituti sunt, (scil. *qui sunt invicem substituti*): nulla ratio reddi potest, quare videatur in posteriore tantum casu exheredare voluisse.

Ist nun die Enterbung nicht von allen Graden, sondern nur von einem geschehen, so ist nach dem römischen Rechte der Unterschied merkwürdig, ob das ausgeschlossene Kind zur Zeit des väterlichen Testaments schon gebohren war, oder ein Postumus ist. In dem ersten Falle ist immer nur der Grad ungültig, von welchem das Kind präterirt worden ist [10]). Ist daher

a) nur bey der Substitution die Enterbung erwähnt, das Kind aber bey der Institution übergangen worden, so ist zwar der erste Grad ungültig, es gilt aber doch die Substitution, welche an die Stelle des ersten Grades tritt. Ulpian [11]) sagt: Si ita testatus sit paterfamilias, ut a *primo* quidem *gradu* praeteriret, a *secundo solo* exheredaret, SABINUS et CASSIUS et IULIANUS putant, *peremto primo gradu,* testamentum *ab eo gradu* exordium capere, *unde filius exheredatus est.* Quae sententia comprobata est.

b) Ist

10) *L. 43. §. 2. D. de vulg. et pupill. subst.* Respondi: *eum gradum, a quo filii praeteriti sint, nullius esse momenti.* S. FINESTRES c. l. §. 27. pag. 114. seq. und Westphal von Testamenten §. 590—593.

11) *L. 3. §. 6. D. de lib. et postum.*

b) Ist hingegen die Enterbung nur beym ersten Grade geschehen, so ist blos die Substitution ungültig, bey welcher das Kind übergangen worden ist. Hierher gehört, wenn **Pomponius**[12]) sagt: Si a primo herede instituto filium exheredavero, a secundo autem substituto non exheredavero, et dum pendet, an prior aditurus sit, filius decesserit: secundum sententiam, qua utimur, non erit secundus heres: *quasi ab initio inutiliter institutus, cum ab eo filius exheredatus non sit.* Stirbt also der bey der Substitution übergangene Sohn, während der instituirte Erbe noch deliberirt, so kann der Substitut nicht erben, wenn der erste Erbe die Erbschaft ausschlägt[13]).

Wenn nun aber ein postumus nicht ab omni gradu enterbt worden ist, so kommt es darauf an, ob die Enterbung blos bey dem ersten Grade, bey dem zweyten aber die Uebergehung geschehen ist, oder umgekehrt. Im ersten Falle ist es, wie bey schon gebohrnen Kindern. Nur der zweyte Grad gilt nicht. Schlägt daher der Erbe des ersten Grades, bey welchem die Enterbung geschehen ist, die Erbschaft aus, so fällt dieselbe nicht an den Substituten, sondern an den Postumus. Der Substitut bekommt auch denn nicht einmal die Erbschaft, wenn auch der Postumus während der Deliberationszeit des eingesetzten Erben wieder stirbt. **Afrikanus**[14]) sagt dieß ausdrücklich: Si postumus a primo gradu exheredatus, a secundo praeteritus sit: quamvis eo

12) *L. 8. D. de lib. et postum.*

13) *Henr. Theod.* PAGENSTECHER Commentar. in *Sexti Pomponii* JCti ad *Sabinum* de re testamentar. et de bonor. possession. libros IV. (*Lemgovii 1750. 4.*) Cap. 3. pag. 8. seq.

14) *L. 14. pr. D. de lib. et postum.*

eo tempore nascatur, quo ad heredes primo gradu scriptos pertineat hereditas, secundum tamen gradum vitiari placet, ad hoc, ut praetermittentibus institutis ipse heres existat. Immo etsi, defuncto eo, heredes instituti omiserint hereditatem, non posse substitutos adire. Daß durch die Agnation des postumi nur der zweyte Grad rumpirt wird, wenn bey diesem sich eine Uebergehung findet, sagt auch Ulpian[15]: Licet autem postumus praeteritus agnascendo rumpat, tamen interdum evenit, *ut pars testamenti*[16]) *rumpatur*, utputa si proponas, a primo gradu postumum exheredatum, a secundo praeteritum. *Nam hic primus gradus valet, secundus ruptus.* In einem Falle macht jedoch die Uebergehung des Postumi bey dem zweyten Grade, daß auch der erste Grad nicht gilt, bey welchem die Enterbung geschehen ist. Nämlich wenn mehrere zu Erben ernannt sind, zwischen deren Institution die Enterbung des postumi gesetzt worden, und der Testirer jedem der Miterben einem andern substituirt hat, bey deren Substitution aber der Postumus übergangen worden ist. Wenn hier einer von den Miterben vor der Antretung der Erbschaft stirbt, so kann auch nun der andere die Erbschaft nicht mehr erhalten. Denn da der Substitut, welcher an die Stelle des wegfallenden Erben des ersten Grades ernannt worden ist, wegen der bey dessen Einsetzung

15) *L. 3. §. 6. D. de iniusto rupto et irr. testam.*

16) *Partes testamenti* werden hier die verschiedenen *gradus institutionum* genennt. Wenn also wegen der Präterition des Postumi bey der Substitution, dieser zweyte Grad rumpirt wird, so nennt dies Ulpian: *pars testamenti rumpitur.* S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. II. Tit. *de liber. et postum.* Nr. XXXIX. not. g. pag. 187.

setzung geschehenen Präterition des Postumi nicht erben kann, so ist hier die Enterbung so anzusehen, als ob sie nur in Ansehung des einen Miterben geschehen wäre. Nun ist eine solche Enterbung ungültig, quae tantum *ab uno ex heredibus* facta est [17]). Diesen Fall hat Scävola [18]), wenn er sagt: Si ego et Titius instituti simus, et a nobis postumus exheredatus sit, a substitutis nostris non sit exheredatus; Titio defuncto, ne ego quidem adire potero. *Iam enim propter instituti personam, a quo postumus exheredatus est, in cuius locum substitutus vocatur, a quo postumus exheredatus non est, ruptum est testamentum.* Ein anders wäre, wenn die eingesetzten Erben des ersten Grades einander selbst gegenseitig substituirt sind. Hier bekomme ich die ganze Erbschaft, wenn der andere Miterbe dieselbe ausschlägt, oder vor deren Antretung stirbt. Denn da ich hier Erbe des ersten Grades und auch Substitut des wegfallenden Miterben bin, da ich ferner in einen Theil der Erbschaft substituirt bin, der mir auch ohne Substitution ex iuris necessitate accrescirt wäre; so ist der Vorschrift der Gesetze schon durch die bey der Institution erwähnte Enterbung des Postumi ein vollkommenes Genüge geschehen [19]). Eben dieses bestärkt auch Scävola [20]), wenn er

17) *L.* 3. §. 2. *D. de lib. et postum.* *L.* 8. §. 3. *D. de bon. poss. contr. tab.* S. *Ioann.* ALTAMIRANI Commentar. ad Lib. VI. Quaestion. Scaevolae Tract. VI. in MEERMANNI *Thes. nov. iur. civ. et canon.* Tom. II. pag. 469. seqq.

18) *L.* 19. *D. de iniusto rupto irr. testam.*

19) POTHIER cit loc. Nr. XXXIX. not. i. ALTAMIRANUS cit. loc. §. 17. et 18. und Westphal von Testamenten §. 472.

20) *L.* 19. *cit.* §. 1. *D. de iniusto rupto testam.*

er noch hinzufügt: Sed si ego et Titius invicem substituti sumus: quamvis *in partem substitutionis* exheredatus non sit; *mortuo* vel *repudiante Titio*, me posse adire puto, et *ex asse heredem esse*.

Es ist nun der andere Fall noch übrig, nämlich, wenn die Enterbung des Postumi bey dem zweyten Grade, die Uebergehung aber bey dem ersten geschehen ist. Hier ist, wie Ulpian[21]) lehrt, auf folgende Art zu unterscheiden. Der

21) *L. 5. de iniusto rupto* etc. *test.* Nam et si *sub condictione* sit heres institutus quis, a quo Postumus non est exheredatus; tamen *pendente conditione rumpitur gradus*, ut et IULIANUS scripsit. Sed et si sit ei *substitutus* quis; etiam deficiente conditione primi gradus, *non admittetur substitutus*, a quo scilicet postumus exheredatus est. (So ist statt *non est* mit Cujaz zu lesen, womit auch die *Basilica* übereinstimmen. S. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 468.) Puto igitur, *existente quidem conditione* primi gradus, Postumo *potius* locum fore. *Post defectum* autem *conditionis natus* postumus gradum non rumpit, *quia nullus est.* Rumpendo autem testamentum, sibi locum facere postumus solet, quamvis *filius* (sc. *iam natus*) sequentem gradum, a quo exheredatus est, patiatur valere. (Denn bey schon gebohrnen Söhnen ist der erste Grad, wo sich eine Uebergehung findet, ipso iure nichtig, daher nimmt hier das Testament gleich mit der Substitution seinen Anfang. Allein vor der Agnation des präterirten Postumus ist das Testament nicht ungültig, also besteht auch der erste Grad, bis die Ruption durch die Geburt desselben erfolgt. S. *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. 8. cap. 20. POTHIER l. c. nr. XL. not d. p. 188.) Sed si a primo gradu praeteritus, a secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis vixit: totum testamentum ruptum est. Nam tollendo primum gradum, sibi locum facit.

Der Erbe des ersten Grades ist entweder unter einer Bedingung instituirt, oder nicht.

In dem ersten Falle wird durch die Agnation des übergangenen Postumus, wenn diese pendente conditione eintritt, der erste Grad dergestalt rumpirt, daß nun auch die Substitution, bey welcher die Enterbung geschehen ist, auf keinen Fall gilt, die Bedingung des ersten Grades werde erfüllt, oder nicht. Denn in diesem Falle tritt der Postumus ein, und schließt den Substituten aus; er geht aber auch in jenem Falle dem Erben des ersten Grades vor, und macht sich zur Intestaterbfolge Platz. Wäre hingegen die Geburt des Postumus erfolgt, nachdem es schon entschieden war, daß die Bedingung nicht existire, so ist nun kein erster Grad mehr vorhanden, welcher durch die Agnation des Postumus rumpirt werden könnte, folglich gilt die Substitution, bey welcher die Enterbung desselben geschehen ist.

In dem andern Hauptfalle, da nämlich die Erben des ersten Grades unbedingt sind eingesetzt worden, neben welchen der Postumus übergangen ist, es ist aber eine Substitution auf den Fall gemacht, da die Erben des ersten Grades vor dem Erblasser versterben würden, bey welcher die Enterbung des Postumus geschehen ist; ist wieder zu unterscheiden, ob der Substitutionsfall noch vor der Geburt des Postumi eingetreten ist, oder nicht. In jenem Falle ist die Substitution wegen der Enterbung gültig. In diesem aber, da die Erben des ersten Grades den Erblasser überlebt haben, fällt die Substitution dahin, die Institution aber wird durch die Agnation des Postumus rumpirt, folglich fällt das ganze Testament über den Haufen, und der Postumus bekommt die Erbschaft ab intestato.

Meh-

Mehrere heutige Rechtsgelehrte [22]) wollen dieß alles für bloße Subtilitäten halten, wovon kein Gebrauch mehr zu machen sey, weil es nach den Verordnungen des neuern Röm. Rechts bey Testamenten nicht mehr auf die Förmlichkeit der Worte ankomme [23]) und diese der Gültigkeit des Testaments unnachtheilig seyn soll, wenn sonst der Wille des Testirers außer Zweifel ist [24]). Allein wären durch die angeführten Verordnungen des neuern Röm. Rechts jene Vorschriften, welche die Form der Enterbung so pünctlich bestimmen, wirklich aufgehoben worden, so wäre nicht zu begreiffen, warum sie Justinian in sein Gesetzbuch aufgenommen hätte, da sie auch schon zu seinen Zeiten nicht mehr gegolten hätten. Andere practische Rechtsgelehrte [25]) erfordern daher mit Recht in ihren Systemen des heutigen Rechts zur Form der Exheredation, *ut fiat ab omnibus heredibus et ab omni gradu*, und dabey muß es um so mehr bleiben, da der Ausspruch eines Scävola [26]): *exheredationes non esse adjuvandas*, auch noch heut zu Tage vollgültig ist.

22) BAUER in Diss. de eo quod iustum est circa formam exheredationis §. 9. in fin. *Io. Thad.* MÜLLER System. Pandectar. P. I. §. 153. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 476.

23) *L.* 15. *C. de testam.*

24) *L.* 1. *L.* 3. *C. de lib. praeterit.*

25) STRYK Cautelae testamentor. cap. XIX. §. 15. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1285. HAUBOLD Diss. de differentiis inter testam. nullum et inofficiosum. cap. VII. pag. 32. Thibaut System des Pandectenrechts 2 Th. §. 916. S. 136.

26) *L.* 19. *in fin. D. de lib. et postum.*

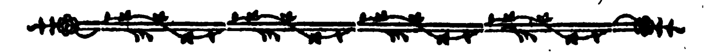
Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Siebenten Theils zweyte Abtheilung.



Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1806.

Fortsetzung
des Tit 2. Libri V.
de inofficioso testamento.

§. 551.

Wirkungen der Präterition und Exheredation.

Nachdem wir von den Ursachen der testamentlichen Ausschliessung der Notherben und insonderheit von der Form der Exheredation das Nöthige bemerkt haben, so ist nun noch von den Wirkungen der Ausschliessung [1]) zu handeln übrig.

Im

1) Die Hauptschriften über diese Materie sind schon oben S. 197. Not. 32. angeführt. Diesen sind hier noch folgende beyzufügen. *Christ. Gott.* HAUBOLD Diss. iur. civ. de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum. P. I. praes. *Car. God. de* WINCKLER def. *Lipsiae 1784. Iul. Ge. Paul du* ROI Diss. de testamento ob exheredationem sine elogio factam non ipso iure nullo. *Helmst. 1780. Frid. Wilh. Car.* SARTORII Diss. iur. civ. de bonorum possessione, quam contra tabulas parentum liberi agnoscunt. *Lipsiae 1775.* Herrn Kanzlers Koch Bonorum possessio. Giessen 1799. §. 8. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 524. u. folgg. *Io. Chr.* WOLTAER Flores ad ius querelae de inoff. testamento sparsi. Halae 1778. Ebendesselben Observationes iuris civ. et Brandenb. Fasc. II. Obs. 27. *Io. God.* HARTUNG Schediasm. de eo, quod mutatum Nov. 115. cap. 3. et 4. circa exheredationem parentum pariter ac liberorum. *Witemb. 1731. Fr. Wilh.* CAMBS-

Im Allgemeinen bestehen zwar diese Wirkungen darin, daß Notherben zuweilen das Testament als *nullum*, zuweilen als *ruptum* anfechten, zuweilen die *bonorum possessio contra tabulas* dagegen suchen, zuweilen die *querela inofficiosi testamenti* anstellen können. Allein streitig ist es, wenn die eine oder die andere Wirkung eintritt, und sehr verschieden sind die Meinungen der Rechtsgelehrten, wenn die Frage ist, wie weit durch die Novellen 115. und 118. das ältere Recht ist abgeändert worden. Um alle Verwirrung zu verhüten, ist durchaus nothwendig, zuvörderst das ältere Recht genau kennen zu lernen, welches besonders vor der Novelle 115. galt. Dann erst kann man weiter fragen, welche Aenderungen hierin durch die 115. und 118te Novelle gemacht worden sind.

Das ältere Recht stellt zwey Hauptgrundsätze auf.

I) Ist bey der Ausschliessung eines Notherben die Form des ältern Rechts nicht beobachtet, so kann der Civil-Notherbe, welcher zur Zeit des Testaments schon gebohren war, das Testament als von Anfang an nichtig (*nullum*), der *Postumus* aber als *ruptum* mit der Wirkung anfechten, daß auch die Legate und übrigen Verordnungen des Testaments mit der Erbeneinsetzung wegfallen [2]). Der prätorische Erbe sucht dagegen die *bonorum posses-*

CAMBSJAEGER Comm. de testamento in genere in specie inofficioso una cum remediis iuris. P. IV. pag. 53. seqq. Steins Abhandl. von pflichtwidrigen Testamenten Kap. 3 S. 73. ff. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten S. 319 ff. und S. 414. ff. THIBAUT System des Pandectenrechts 2. B. §. 815 — 821. (der zweyten Auflage).

2) *L. 7. L. 30. D. de lib. et postum. L. 1. et L. 17. D. de iniusto rupto et irr. testam. L. 1. C. de postum. hered. instit.*

possessio contra tabulas [3]). Jedoch gab dieselbe der Prätor auch dem Civil-Notherben [4]), nicht nur, wenn er präterirt, oder nicht rite enterbt war, sondern auch, welches sehr merkwürdig ist, wenn er neben einem präterirten Kinde zum Erben eingesetzt war, das Kind mochte nun die bonorum possessio für seine Person agnosciren oder nicht [5]). Jedoch wurde sie hier nur als utilis angesehen, dem prätorischen Notherben aber war sie nöthig [6]). Letzter mußte

3) *L. 1. pr. D. de bon. poss. c. Tab.* §. 3. *I. de exheredat. liber.* §. 1. *I. de bon. poss.*

4) §. 12. *I. de hered. quae ab int. def. L. 1. §. 2. et 5. D. de bon. poss. contra tab. L. 4. C. de lib. praeterit.* SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 2.

5) *L. 3. §. 11. L. 8. §. 11. et 14. L. 10. §. 6. D. de bonor. poss. cont. tab.* Nur mußte der filius heres institutus sich noch nicht in die Erbschaft immiscirt oder solche angetreten haben. *L. 14. pr. D. de bon. poss. c. T.* Kochs Bonor. possessio §. 8. S. 121. folg.

6) Nur in einem Falle erscheint auch der Suus als bonorum possessor necessarius, welchen die *L. 12. §. 1. D. de bon. poss. c. T.* enthält, nämlich wenn der Sohn in dem ersten nach der Strenge des Rechts gültigen Testament von seinem Vater förmlich enterbt, in dem zweyten der Form nach mangelhaften Testament aber präterirt worden ist. Hier muß der Präterirte gegen das zweyte Testament, um die Erbschaft zu erhalten, die B. P. c. T. suchen, welche ihm jedoch das Gesetz nur in dem Falle giebt, wenn der darin eingesetzte Erbe, sobald der Sohn bey Seite gesetzt wird, die Erbschaft würde erhalten können, weil alsdenn das erste Testament durch das zweyte nach *L. 3. D. de iniusto rupto etc. test.* für aufgehoben zu achten ist. Wollte hier der Sohn, als *Suus*, wegen seiner Präterition, oder auch zugleich wegen des Mangels der

auch gewisse Vermächtnisse prästiren [7]), von welchen jener befreyet war [8]). Uebrigens ward das Testament dadurch rescindirt, und die Intestaterbfolge trat ein [9]).

II) Ist dagegen die Enterbung oder Uebergehung des Notherben förmlich, oder weil der Präterition eigentlich in dem ältern Rechte keine Form vorgeschrieben ist, dieselbe in einem solchen Testament geschehen, in welchem sie einer förmlichen Enterbung gleichgeachtet wird, so ist das Testament nach der Strenge des Rechts zwar gültig; doch kann der ohne gerechten Grund ausgeschlossene Notherbe durch die *Querela inofficiosi testamenti* auf Rescission des Testaments dringen, zu welcher sich aber der prätorische Notherbe erst durch die *bonorum possessio litis ordinandae gratia*

äussern Form das letzte Testament als nichtig impugniren, so würde nun das letzte Testament das erste nicht rumpiren, und er müßte jetzt sein Heil mit der Inofficiositätsquerel gegen den in dem ersten Testament eingesetzten Erben versuchen. Was wird er nun aber damit ausrichten, wenn er die Enterbung verdient hat? S. Kochs Bonor. possessio im Commentar über *L.* 12. §. 16. S. 384. u. Weber in den Anmerkungen zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institut. §. 659. Not. 3.

7) *L. 1. D. de legatis praestandis contra Tab. bonorum possessione petita.*

8) *L. 15. pr. D. eodem*, wo es heißt: Absurdum est, eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit; cum et sine hac hereditatem habiturus sit suo iure.

9) *L. 1. pr. D. de legat. praest. L. 17. Cod. de collat. L. 4. Cod. de lib. praeterit.* Kochs bonor. poss. §. 8. S. 124. folgg. Meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 8. S. 29. a. E. u. folg.

gratia den Weg bahnen mußte [10]). Eine *bonorum possessio contra tabulas* hingegen konnte hier nicht Statt finden [11]).

Es erhellet hieraus, daß ein solches Testament, welches, wie **Marcian** [12]) sagt, *recte quidem, sed non ex officio pietatis factum est*, d. i. worin ein Notherbe zwar auf eine

10) Diese war eine Art der bonorum possessio unde liberi, welche der Prätor einem emancipirten Kinde gab, das zwar auf eine förmliche aber lieblose Art war exheredirt worden, um es zur Anstellung der Inofficiositätsklage zu qualificiren. Denn der filius emancipatus erhielt dadurch ein prätorisches Intestaterbrecht, welches ihm nach dem Civilrecht nicht zustand. Der *bonorum possessio litis ordinandae gratia* gedenkt Ulpian *L. 6. §. 2. L. 8.* pr. *D. de inoff. testam.* Man sehe *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. I. cap. 8. und Meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge §. 76. Diese B. P. litis ord. gratia war jedoch auch dem Vater nöthig, wenn er gegen das Testament seines emancipirten Sohns die querela inoff. test. anstellen wollte. HAUBOLD cit. Diss. cap. VI. pag. 23.

11) *L. 8. pr. L. 10. §. 5. D. de bonor. possess. contra tab.* Kochs B. P. §. 8. S. 110. f. Ein förmlich enterbtes Kind wird auch nicht einmal durch ein anderes in dem Testament übergangenes Kind der B. P. contra T. theilhaftig, *L. 10. §. 5. D. cit.* sondern ersteres kann nur, wenn der filius suus praeteritus das Testament nach dem Civilrecht als null und nichtig, angefochten, und die Erbschaft als Intestaterbe erlangt hat, mit Hülfe der *Bon. possessio Unde liberi* zur Hälfte der Erbschaft gelangen, *L. 32. D. de lib. et posth. L. 1. §. 9. D. Si tab. testam. nullae extab.* und wenn das präterirte Kind die B. P. c. T. erhalten, so muß das enterbte die querelam inoff. test. anstellen, und dadurch das Testament für seine Person entkräften. *L. 10. §. 5. L. 20. pr. D. de bon. poss. c. Tab.* Kochs B. P. §. 8 S. 122. u. §. 29. S. 339.

12) *L. 2. D. h. t.* S. HAUBOLD cit. Diss. Cap. 2. pag. 7.

auch gewisse Vermächtnisse prästiren [7]), von welchen jener befreyet war [8]). Uebrigens ward das Testament dadurch rescindirt, und die Intestaterbfolge trat ein [9]).

II) Ist dagegen die Enterbung oder Uebergehung des Notherben förmlich, oder weil der Präterition eigentlich in dem ältern Rechte keine Form vorgeschrieben ist, dieselbe in einem solchen Testament geschehen, in welchem sie einer förmlichen Enterbung gleichgeachtet wird, so ist das Testament nach der Strenge des Rechts zwar gültig; doch kann der ohne gerechten Grund ausgeschlossene Notherbe durch die *Querela inofficiosi testamenti* auf Rescission des Testaments dringen, zu welcher sich aber der prätorische Notherbe erst durch die *bonorum possessio litis ordinandae*

gratia

äussern Form das letzte Testament als nichtig impugniren, so würde nun das letzte Testament das erste nicht rumpiren, und er müßte jetzt sein Heil mit der Inofficiositätsquerel gegen den in dem ersten Testament eingesetzten Erben versuchen. Was wird er nun aber damit ausrichten, wenn er die Enterbung verdient hat? S. Kochs Bonor. possessio im Commentar über *L.* 12. §. 16. S. 384. u. Weber in den Anmerkungen zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institut. §. 659. Not. 3.

7) *L. 1. D. de legatis praestandis contra Tab. bonorum possessione petita.*

8) *L. 15. pr. D. eodem*, wo es heißt: Absurdum est, eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit; cum et sine hac hereditatem habiturus sit suo iure.

9) *L. 1. pr. D. de legat. praest. L. 17. Cod. de collat. L. 4. Cod. de lib. praeterit.* Kochs bonor. poss. §. 8. S. 124. folgg. Meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 8. S. 29. a. E. u. folg.

gratia den Weg bahnen mußte [10]). Eine *bonorum possessio contra tabulas* hingegen konnte hier nicht Statt finden [11]).

Es erhellet hieraus, daß ein solches Testament, welches, wie **Marcian** [12]) sagt, *recte quidem, sed non ex officio pietatis factum est*, d. i. worin ein Notherbe zwar auf eine

10) Diese war eine Art der bonorum possessio unde liberi, welche der Prätor einem emancipirten Kinde gab, das zwar auf eine förmliche aber lieblose Art war exheredirt worden, um es zur Anstellung der Inofficiositätsklage zu qualificiren. Denn der filius emancipatus erhielt dadurch ein prätorisches Intestaterbrecht, welches ihm nach dem Civilrecht nicht zustand. Der *bonorum possessio litis ordinandae gratia* gedenkt Ulpian *L. 6.* §. 2. *L. 8.* pr. *D. de inoff. testam.* Man sehe Ios. AVERANII Interpretat. iuris. Lib. I. cap. 8. und Meins Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge §. 76. Diese B. P. litis ord. gratia war jedoch auch dem Vater nöthig, wenn er gegen das Testament seines emancipirten Sohns die querela inoff. test. anstellen wollte. HAUBOLD cit. Diss. cap. VI. pag. 23.

11) *L. 8. pr. L. 10.* §. 5. *D. de bonor. possess. contra tab.* Kochs B. P. §. 8. S. 110. f. Ein förmlich enterbtes Kind wird auch nicht einmal durch ein anderes in dem Testament übergangenes Kind der B. P. contra T. theilhaftig, *L. 10.* §. 5. *D. cit.* sondern ersteres kann nur, wenn der filius suus praeteritus das Testament nach dem Civilrecht als null und nichtig angefochten, und die Erbschaft als Intestaterbe erlangt hat, mit Hülfe der *Bon. possessio Unde liberi* zur Hälfte der Erbschaft gelangen, *L. 32. D. de lib. et posth. L. 1.* §. 9. *D. Si tab. testam. nullae extab.* und wenn das präterirte Kind die B. P. c. T. erhalten, so muß das enterbte die querelam inoff. test. anstellen, und dadurch das Testament für seine Person entkräften. *L. 10.* §. 5. *L. 20. pr. D. de bon. poss. c. Tab.* Kochs B. P. §. 8 S. 122. u. §. 29. S. 339.

12) *L. 2. D. h. t.* S. HAUBOLD cit. Diss. Cap. 2. pag. 7.

an sich nicht ungültige, aber doch ungerechte Art enterbt oder präterirt worden ist, ein *Testamentum inofficiosum* genennt wird.

Um nun aber noch genauer zu zeigen, wenn diese mancherley Rechtsmittel Statten hatten, und wie sie unter sich unterschieden waren, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

A) Sind **Kinder** ausgeschlossen, und es ist

I) vom **Vater** oder andern **väterlichen Ascendenten männlichen Geschlechts** geschehen, so kommt es darauf an, ob sie

1) zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhanden sind. Hat diese der Vater

a) nicht **förmlich** enterbt oder eingesetzt, so ist ein Unterschied zwischen solchen Kindern, welche

aa) zu der Zeit, als der Vater stirbt, noch **in seiner Gewalt** sind, (*Sui*). Die Uebergehung oder nicht förmlich geschehene Enterbung derselben, macht **das ganze Testament** null und nichtig [13]). Die Kinder können also entweder **nach dem Civilrecht** gegen das Testament die *querelam nullitatis* anstellen, oder sie können auch, wenn sie wollen, dagegen die *bonorum possessio contra tabulas* suchen [14]). Vor **Justinian** konnten zwar nur sui filii

13) *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Pandectar. de liberis et postum. P. II. cap. 2. per tot. **Westphal** von Testamenten §. 428. folgg.

14) **Kochs** B. P. §. 8. S. 179. a. E. und folg. Diese Bon. possessio ist zwar nur utilis, nachdem die Sui das Testament nach dem Civilrecht als nichtig anfechten können. §. 12. *I. de heredit.*

filii das Testament nach dem Civilrecht als nullum anfechten [15]). Die Uebergehung der übrigen Kinder, nämlich der Töchter und Enkel, machte das Testament nicht ungültig, sondern diese hatten nur ein ius accrescendi auf einen gewissen Theil der Erbschaft, welcher bald eine portio virilis war, bald in der Hälfte der Erbschaft bestand, je nachdem sie entweder mit suis heredibus oder mit extraneis concurrirten [16]). Allein Justinian hat diesen Unterschied

heredit. quae ab int. def. L. 4. *D. de lib. praet.* L. 17. *C. de collat.* SARTORIUS in der Not. 1. angef. Dissertation. Sect. I. § 1 pag. 25. et §. 2. p. 29. seqq. Allein ursprünglich war sie auch bey den Suis eine necessaria. Denn es ist sehr wahrscheinlich die B P. contra T. früher eingeführt worden, als durch die Auctorität der röm. Rechtsgelehrten der Satz geltend ward, daß der Vater die filios suos entweder einsetzen oder förmlich enterben müsse, wenn das Testament gelten soll, wovon man erst zu Cicero's Zeiten Spuren findet, wie aus lib. I. *de Orat.* cap. 38. erhellet. Man sehe *Ant.* SCHULTING ad *Ulpiani* Fragm. Tit. XXII. §. 14. Not. 39. (in *Iurispr. Antejustin.* pag. 638.) u. SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 1. pag. 19.

15) *L. 30. D. de liber. et postum. L. 1. D. de iniust. rupt. etc. testam.*

16) *Pr. I. de Exheredat. liberor.* CAJUS *Instit.* Lib. II. Tit. 3. §. 1. ULPIAN. Fragm. Tit. XXII. §. 16. et 17. Westphal a. a. O. §. 446—448. Dieser Unterschied unter den suis nach dem Unterschied des Geschlechts und Grades wurde durch die Interpretation der röm. Rechtsgelehrten und die Praxis der Centumviralgerichte eingeführt, wie SCHULTING ad *Ulpiani* Fragm. c. l. not. 44. pag. 639. bemerkt. Die nähern Gründe dieses Unterschiedes untersucht HOFACKER in Diss. sist. histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 4. Eine Folge jenes Unterschiedes war, daß Töchter und Enckel unter einer jeder Bedingung

schied aufgehoben, und verordnet, daß die Präterition bey den Töchtern und Enkeln, welche noch in der väterlichen Gewalt sind, eben die Wirkung, wie bey den Söhnen, haben sollte [17]). Nun fällt also jenes ius accrescendi bey präterirten Kindern ganz weg, und es gilt von allen *suis*, ohne Unterschied des Grades und Geschlechts, was ehemals blos von Söhnen galt, daß ihre Präterition das Testament des Vaters oder väterlichen Großvaters nach dem

gung eingesetzt werden konnten, ohne daß auf den entgegengesetzten Fall eine Enterbung erforderlich war. *L. 1. §. 8. in fin. D. de suis et legitim. heredib. L. 6. §. 1. D. de heredib. instit.* Westphal §. 444. Merkwürdig ist es, daß die präterirte Tochter nach einer Constitution des Krs. Antoninus auch durch die bonorum possessio contra tabulas mehr nicht erhielt, als durch das ius accrescendi. Justinian sagt dies *L. 4. C. de lib. praet.* Ex Praetore autem habebat bonorum possessionem *in totum.* Constitutio autem magni *Antonini* eam in tantum coarctabat, *in quantum ius accrescendi competebat.* Sie mußte überdem legata auszahlen, und zufrieden seyn, wenn sie nur den vierten Theil ihrer Portion übrig behielt. S. Westphal §. 539. S. 411. folg. Alles dieses hat aber Justinian durch die *L. 4. Cod cit.* wieder abgeändert, wie aus der folg. Note erhellet.

17) *L. 4. Cod. de lib. praeterit.* — Sancimus itaque, quemadmodum in successionibus parentum, quae ab intestato deferuntur, aequa lance et mares et feminae vocantur: ita et in scriptura testamentorum eas honorari, et similibus verbis exheredationes procedere, et *contra tabulas bonorum possessionem* talem habere, qualem filius, vel suus, vel emancipatus, habent, ut et ipsa, si fuerit *praeterita*, ad instar filii emancipati vel sui, *vel testamentum ipso iure evertat*, vel *per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur.* Et haec non solum in *filiabus* obtinere, sed etiam in *nepotibus* et *neptibus* et deinceps obser-

dem Civilrecht null und nichtig macht [18]). Es bleibt auch, nach der Strenge des Civilrechts nichtig, wenn gleich das präterirte Kind vor dem Vater gestorben ist. [19]). Eben dieses gilt auch, wenn der präterirte Suus zwar den Testirer überlebt, aber von der väterlichen Erbschaft abstinirt.

Jedoch giebt der Prätor in diesem Falle dem in dem Testament eingesetzten Erben die bonorum possessio secundum tabulas [20]), welches man analogisch auch auf jenen Fall anwendet, wenn der im Testament übergangene

T 5 Sohn

observari censemus. S. Westphal von Testamenten §. 537. bis 541.

18) *Ge.* FEIN Diss. de herede suo sub conditione instituto. *Goett.* *1777.* Sect. I. §. 8. et 9.

19) *Pr. I. de exheredat. liberor. L. 7. D. de liberis et postum.*

20) *L. 17. D. de iniusto rupto etc. testam.* Filio praeterito, qui fuit in potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit. *Quodsi bonis se abstinuit, licet subtilitas iuris refragari uidetur, attamen voluntas testatoris ex aequo et bono tuebitur.* Der Prätor nahm nämlich in seinem Successionssystem auf die Suität und Nicht-Suität des präterirten Kindes keine Rücksicht, sondern hielt das Testament, welches sonst die prätorische Form hatte, der Präterition ungeachtet, für gültig. Denn wäre das Testament auch nach dem prätorischen Rechte für null und nichtig zu halten, so hätte der Prätor dem eingesetzten Erben keine bonorum possessionem secundum tabulas ertheilen können. ULPIANUS *Fragm* Tit 23. §. 6. S. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. 11. VINNIUS in Comm. ad pr. I. de exheredat. lib. n. 6. VOET Comm. ad Dig. Lib. XXXVII. Tit. 4. §. 1. Koch Bon. poss. S. 373. f.

Sohn vor dem Testirer gestorben ist.[21]). Uebrigens ist bey den suis kein Unterschied zwischen leiblichen und adoptirten Kindern[22]); es mag von der bürgerlichen Nullitäts-klage, oder der bonorum possessio contra tabulas die Rede seyn[23]). Ja wenn der Großvater einen Enkel an Sohnes Statt annimmt, so wird letzter mit seinem Vater, gleichsam als wenn er sein Bruder wäre, zur bonorum possessio c. T. gelassen[24]).

bb) Sind hingegen emancipirte Kinder vom Vater oder väterlichen männlichen Ascendenten übergangen worden, so ist das Testament nach dem ältern Civilrecht nicht null, weil sie keine sui heredes sind, wie Justinian[25]) sagt. Denn durch die Emancipation hatten sie das Agnations- und Familienrecht verlohren.[26]). Allein der Prätor rescindirte, wie Paulus[27]) sagt, die capitis demi-

21) *Ios.* FINESTRES in cit. Praelect. Cervar. P. II. cap. 2. §. 9. Koch Bon. poss. S. 262. und 438. MALBLANC Dig. Tom. III. §. 694. in fin. pag. 849.

22) §. 4. *I. de exheredat. lib.* ULP. *Fragm.* Tit. 22. §. 14.

23) *L.* 1. *pr. D. de bon. poss. c. T. L.* 1. §. 6. *D. Si tab. testam. nullae.* ULPIAN. *Fragm.* Tit. 28. §. 3. et 8.

24) *L.* 3. §. 3. *D. de bon. poss. c. T. L.* 1. §. 9. *D. de coniung. cum emancip. lib. eius. de* RETES de bonorum possess. contra Tab. Cap. III. §. 2. SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 2. not. h. pag. 31.

25) §. 3. *I. de exheredat. liberor.* §. 11. *I. de heredit. quae ab int. defer.*

26) *L.* 3. §. 1. *D. de cap. minut.* FINESTRES cit. Praelect. P. II. Cap. 3. §. 4.

27) *L.* 6. §. 1. *D. de Bon. poss.*

deminutio der Billigkeit wegen, und setzte insofern das emancipirte Kind in die Qualität und Lage eines sui, daß solches nach der Verordnung des Prätors entweder eingesetzt oder enterbt werden mußte, jedoch mit dem Unterschiede, daß Descendenten männlichen Geschlechtes ohne Unterschied des Grades, sie seyen Söhne oder Enkel, namentlich enterbt werden mußten, weibliche Descendenten aber auch inter caeteros gültig enterbt werden konnten [28]). Solche Kinder hatten also, wenn sie vom Vater waren präterirt worden, als prätorische Notherben blos die *bonorum possessio contra Tabulas*, die der Prätor zu ihrem Besten einführte. Jenen Unterschied des Geschlechts hat nun zwar Justinian in einer neuern Verordnung [29]) aufgehoben, nach welcher die Töchter so gut wie Söhne, entweder zu Erben ernannt, oder namentlich enterbt werden müssen, und den erstern, im Falle einer geschehenen Präterition, die bonorum possessio contra Tabulas auf gleiche Weise und mit eben der Wirkung, wie den emancipirten Söhnen, zustehen soll [30]).

Aber

28) §. 3. *I. de exhered. lib.* Emancipatos liberos *iure civili* neque heredes instituere neque exheredare necesse est, *quia non sunt sui heredes.* Sed *Praetor* omnes tam foeminini sexus, quam masculini, si heredes non instituantur, exheredari iubet: virilis sexus *nominatim*, foeminini vero *inter caeteros*; quia si neque heredes instituti fuerint, neque ita, ut diximus, exheredati, permittit eis Praetor *contra tabulas* testamenti *bonorum possessionem.* Man vergl. auch ULP. *Fragm.* Tit. 22. §. 23. und FINESTRES Praelect. Cervar. c. l. §. 6. Westphal §. 531. und 532.

29) *L. 4. C. de lib. praet.*

30) Es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß die oben in der Note 15. erwähnte Constitution des Kais. Antoninus auch auf emancipirte

Aber keinesweges hat Justinian hierdurch schon jetzt die emancipirten Kinder den suis dergestalt gleichgemacht, daß sie nun auch das Testament nach dem Civilrecht als nichtig hätten anfechten können [31]). Der Grund ist ganz natürlich der, weil die emancipirten Kinder noch kein Civilintestaterbrecht hatten, welches ihnen Justinian erst späterhin durch die Nov. 118. ertheilt hat [32]). Die B. P. contra tabulas hörte also durch die *L. 4. C. de lib. praet.* so wenig auf in Ansehung der emancipirten Kinder, wenn sie der Vater präterirt hatte, eine necessaria zu seyn [33]), daß sie vielmehr vom Justinian

cipirte Töchter gieng, und daß auch diese durch die B. P. c. T. nicht mehr erlangen konnten, als nach jener Constitution die filiae suae erhielten. Es läßt sich dieses auch aus THEOPHILI *Paraphr. gr.* ad §. 3. I. de exheredat. lib. nicht undeutlich schließen. S. SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 6. not. y. p. 69.

31) Es sind zwar mehrere Rechtsgelehrten anderer Meinung, als VULTEIUS in Comm. ad §. 3. I. de exhered. liberor. SCHILTER in Praxi iur. Rom. Ex. XXXVIII. §. 54. Allein offenbar geht die Absicht des Kaisers in der *L. 4. C. de lib. praet.* aus welcher der §. 5. *I. de exh. lib.* zu erklären ist, dahin, daß die Sui und Suae unter sich, eben so, wie die emancipati und emancipatae einander gleich seyn sollen. Jene sollen ohne Unterschied des Geschlechts das Testament als nichtig anfechten können, den letztern soll die prätorische B. P. c. T. ohne Unterschied des Geschlechts einerley Rechte geben. S. FINESTRES Praelect. Cervar. P. II. cap. 3. §. 8. VINNIUS in Comm. ad §. 5. I. de exheredat. lib. HOFACKER Diss. de exheredat. et praeterit. §. 24. Westphal von Testamenten §. 538. und SARTORIUS Diss. cit. de B. poss. Sect. II. §. 8.

32) Koch Bonor. poss. §. 8. S. 175.

33) Es beweiset dieses noch insonderheit §. 4. *I. de bonor. poss.* Sed eas quidem (sc. Bon. possessiones) praetoria introduxit iuris-

man hierdurch erweitert, und auch ſolchen Kindern gegeben wurde, welche vorher der Prätor dazu nicht gerufen hatte [34]). Jedoch gilt dieſes nur von emancipirten oder auch ſonſt ſui iuris gewordenen leiblichen Kindern [35]), nicht von Adoptivkindern. Letzteren kommt die B. P. c. T. nicht zu, weil ſie durch die Emancipation die Familien- und Kindesrechte wieder verlieren, die ſie durch die Adoption erlangt hatten [36]). Jedoch iſt dieſes nur von der B. P. gegen das Teſtament ihres geweſenen Adoptivvaters zu verſtehen, denn gegen das Teſtament des leiblichen Vaters kommt dem emancipirten Adoptivkinde ſo gut die B. P. zu, als wenn es von ſeinem Vater ſelbſt emancipirt worden wäre [37]).

b) Sind

risdictio. A nobis tamen nihil incurioſum intermiſſum eſt, ſed *noſtris conſtitutionibus* omnia corrigentes, *contra tabulas* quidem et ſecundum tabulas *bonorum poſſeſſiones* admiſimus, utpote *neceſſarias conſtitutas.*

34) Denn die Töchter und Enkelinnen, welche der Vater oder väterliche Großvater inter caeteros enterbt hatte, waren vor Juſtinian von der B. P. c. T. ausgeſchloſſen, weil ſie rite enterbt waren, allein nun können ſie nach der *L.* 4. *C. de lib. pr.* die B. P. c. T. ſuchen, weil ſie ſo gut, wie Söhne, nämentlich enterbt werden müſſen. S. SARTORIUS Sect. II. §. 3. Kochs Bon. poſſ. §. 8. S. 128.

35) *L.* 1. §. 6. *D. de B. P. contra tab. L.* 1. §. 6. *D. Si tab. teſtam. nullae extab. L.* 4. *D. eod.*

36) §. 4. *I. de exher. lib.* §. 12. *I. de hereditat. quae ab int. defer.*

37) §. 4. *I. cit. L.* 1. §. 6. *L.* 4. *D. Si tab. teſtam. nullae. L.* 6. §. 4. *D. de bon. poſſ. contr. tab.* SARTORIUS cit. Diſſ. Sect. I. §. 2. pag. 28. ſeq.

b) Sind die Kinder förmlich aber ohne gerechten Grund enterbt, so haben sie die querela inofficiosi testamenti. Diese fiel jedoch nach dem älteren Rechte alsdann weg, wenn dem enterbten Kinde soviel durch Vermächtniß oder Schenkung war hinterlassen worden, als der Pflichttheil desselben betrug [38]). Ohne Enterbung würde aber das Testament, des Vermächtnisses ungeachtet, nichtig gewesen seyn [39]).

2) Sind Kinder erst nach der Errichtung des Testaments gebohren worden, oder sind sie durch Adoption oder durch eine vollkommene Legitimation, oder durch Eintreten in die Stelle eines sui heredis mit dem Testirer in eine solche Verbindung gekommen, vermöge welcher sie hätten nothwendig eingesetzt oder rite enterbt werden müssen, welche man im allgemeinen Sinn *Postumi* [40]) nennt, obgleich im eigentlichem Verstande mit diesem Namen diejenigen Descendenten bezeichnet werden, welche erst nach des Testirers Tode gebohren worden sind [41]); so kommt es darauf an, ob sie präterirt, oder förmlich exheredirt sind.

a) Sind

38) *L.* 8. §. 6. *et* 8. *D. h. t.*

39) Westphal von Testamenten §. 433. folg.

40) *Ios.* FINESTRES Diatr. de postumis et qui postumorum loco sunt, heredib. instit. vel exhered. in *Praelect. Cervar.* pag. 165. *Car. God.* WINCKLER Diss. de lege Junia Velleja. *Lipsiae* 1745. §. 5. TILLING Specim. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis. *Lipsiae* 1790.

41) ULP. *L.* 3. §. 1. *D. de iniusto rupto et irr. test.* sagt: POSTUMOS autem dicimus eos duntaxat, qui *post mortem parentis* nascuntur. Sed et hi, qui *post testamentum factum* in vita nascuntur, ita demum per *legem Vellejam* rumpere testamentum pro

a) Sind sie im Testament übergangen, so sind die postumi entweder

aa) solche, welche, wenn sie zur Zeit des errichteten Testaments schon da gewesen wären, oder wenigstens beym Leben des Testirers wären gebohren worden, in der väterlichen Gewalt des Testirers gewesen seyn würden. (*Postumi sui*) [42]). Diese rümpiren das Testament nach dem Civilrecht [43]), und zwar ohne Unterschied des Geschlechts [44]). Sie

prohibentur, si nominatim sint exheredati. Diejenigen, welche noch beym Leben des Testirers, jedoch erst nach der Errichtung seines Testaments, durch rechtmäßige Geburt, durch Adoption oder auf eine andere rechtliche Art mit demselben in eine solche Verbindung kommen, daß sie bey dessen Tode sui heredes von ihm sind, werden *Quasi postumi* genennt. *L.* 13. *D. de lib. et postum.* sagt: *Postumorum loco* sunt et hi, qui in sui heredis loco succedendo *quasi agnascendo* fiunt parentibus sui heredes. Von den verschiedenen Arten der Postumorum, den *Vellejanis Aquillianis*, *Cornelianis* und *Julianis*, handeln FINESTRES cit. Diatr. Cap. I. §. 14. sqq. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praet. Cap. 10—15. Westphal von Testamenten S. 330. ff.

42) ULP. *Fragm.* Tit. XXII. § 15. POSTUMI quoque liberi, id est, qui in utero sunt, si tales sunt, *ut nati in potestate nostra futuri sint*, SUORUM HEREDUM *numero* sunt. Eben so Justinian §. 2. *I. de hered. quae ab int.* POSTUMI quoque, qui, *si vivo patre nati fuissent, in potestate eius futuri forent*, SUI HEREDES sunt.

43) *L.* 3. §. 6. *D. de iniusto rupt. et irr. testam.* *L.* 3 *C. de postum. hered.* Schon zu Cicero's Zeiten rumpirten die Postumi das väterliche Testament, in welchem sie waren präterirt worden, durch ihre Agnation, wie aus den Stellen *de Orat.* lib. I. c. 57. und Orat. pro *Caecinna* c. 25. erhellet. Der Grund war, weil man glaubte, der Testirer habe nicht an sie gedacht.

Sie können aber auch die B. P. contra tabulas suchen [45]). Es wird jedoch vorausgesetzt,

1) daß sie zur Zeit des Todes des Testirers schon müssen concipirt gewesen seyn. Paulus sagt [46]): Postumus natus quocunque tempore, *qui tamen testatoris morte conceptus iam erit*, potest agnoscere possessionem. Eben so Ulpian [47]) Dicendum erit, suos posse succedere,

gedacht. S. SARTORIUS cit. Diss. de bon. poss. quam c. T. parentum liberi agnoscunt. Sect. I. §. 1. not. r. pag. 17.

44) §. 1. *I. de exhered. lib.* Postumi quoque liberi vel heredes institui debent, vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et filio postumo et quolibet ex caeteris liberis, *sive foeminini sexus sive masculini*, praeterito, valet quidem testamentum, sed postea *agnatione postumi* sive *postumae* rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. S. TILLING cit. Specim pag. 27. Es waren also die postumi mehr begünstiget, als schon gebohrne Kinder, wie auch Cajus *Inst.* Lib. II. Tit. 3. §. 2. bemerkt, wo er sagt: *Postumorum* duo genera sunt, quia *postumi* appellantur hi, qui post patris mortem de uxore nati fuerint, et illi, qui post testamentum factum nascuntur. Et ideo, nisi is, qui testamentum facit in ipso testamento comprehenderit: *Quicunque filius, aut filia mihi natus natave fuerit, heres mihi sit;* aut certe dicat, *exheres sit:* valere eius non potest testamentum: quia, sicut superius iam dictum est, legitime concepti pro natis habeantur. *Nisi quod melior conditio postumae, quam natae: quia nata, si praetermissa fuerit, non rumpit testamentum, postuma vero, sicut masculus, testamentum rumpit.* S. Westphal von Testamenten §. 46.

45) *L. 1. §. 2. et 5. D. de bonor. poss. contra tab. L. 2. Cod. eod.* SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 2. pag. 31.

46) *L. 10. D. de ventre in possess. mitt.*

47) *L. 1. §. 8. D. de suis et legit. hered.*

cedere, *si modo mortis testatoris tempore*, vel in rebus humanis, vel *saltem concepti fuerint*. Dieses ist nun aus der Zeit der Geburt zu beurtheilen. Da nun nach 10 Monaten Niemand mehr als Kind zur Erbschaft gelassen wird; so wird auch ein solcher postumus nicht zur Bon. possessio admittirt [48]. Bey Enkeln ist es vorzüglich nöthig, daß deren Conception bey Lebzeiten des Großvaters geschehen sey. Qui post mortem avi sui concipitur, sagt Julian [49], is neque legitimam hereditatem eius *tanquam suus heres*, neque bonorum possessionem tanquam *cognatus* accipere potest.

2) Es muß dem Postumus zur Zeit des Todes des Testirers kein näherer Descendent des Erblassers vorgehen. Sollen daher Enkel, die nach des Großvaters Tode gebohren worden, das Testament desselben im Falle der Präterition rumpiren, so muß deren Vater schon vor dem Großvater verstorben seyn, damit der Enkel des Testirers unmittelbarer Erbe wird. Denn hat derselbe den Testirer überlebt, so ist keine Ruption mehr denkbar, weil ein solcher Enkel nicht brauchte von dem Großvater enterbt zu werden, dem sein Vater vorgieng.

Zwar wird der Enkel den Großvater ab intestato beerben, wenn desselben Vater während der Zeit stirbt, da der eingesetzte Erbe deliberirt, wenn dieser nachher die Erbschaft ausschlägt, allein nicht als postumus vermöge einer Ruption des Testaments, sondern weil ihm nun, nachdem das Testament destituirt ist, die Erbschaft des Großvaters als

48) *L.* 3. §. 11. *D. de suis et legit. heredib.*

49) *L.* 6. *D. eodem.*

als nächstem Erben deferirt wird; wie Ulpian [50]) lehrt, wenn er sagt: Si quis, filio exheredato, nuru praegnante relicta, decesserit, et extraneum sub conditione instituerit; et pendente conditione post mortem patris vel deliberante herede instituto de adeunda hereditate, exheredatus filius decesserit, et nepos fuerit natus: an rumpat testamentum? et dicemus testamentum non rumpi: cum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecedebat. Plane si forte instititutus omiserit hereditatem, hunc avo suo futurum heredem ab intestato, non dubitatur. Utrumque propriis rationibus, nam *adgnascendo* quidem is rumpit, *quem nemo praecedebat* mortis tempore: ab intestato vero is succedit, cui, non ante eum alii, delata est hereditas. Non fuisse autem filio delatam hereditatem apparet, cum deliberante instituto decesserit. [51]).

3) Es muß der präterirte postumus als ein lebensfähiges Kind zur Welt kommen. Denn da das Testament, worin ein postumus übergangen worden, nicht gleich von Anfang an ungültig ist, sondern erst durch desselben Agnation rumpirt wird, so bleibt das Testament bey Kräften, wenn der gehofte postumus entweder gar nicht, oder nicht als ein lebensfähiges Kind zur Welt kommt [52]).

Uebri-

50) *L. 6. pr. D. de iniusto rupto test.*

51) S. meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge §. 95. S. 277.

52) §. 1. *I. de exheredat. liberor.* Westphal von Testamenten §. 464.

Uebrigens verdient noch der Unterschied bemerkt zu werden, welcher Statt findet, je nachdem der postumus entweder noch bey Lebzeiten des Testirers oder erst nach dem Tode desselben gebohren worden ist. Denn wenn in dem leztern Falle der postumus auch gleich wieder stirbt, so wird doch das einmal ungültig gewordene Testament weder nach dem Civilrecht noch nach dem prätorischen wieder gültig [53]); dahingegen in dem ersten Falle, wenn der postumus vor dem Testirer stirbt, der in dem Testament eingesezte Erbe, die Bon. possessio secundum tabulas erhalten kann [54]).

bb) Sind hingegen die postumi solche, welche, wenn sie auch zur Zeit des Testaments schon dagewesen wären, doch keine sui heredes vom Testirer gewesen seyn würden, *(postumi alieni)* z. B. Enkel, die von einem schon vor dem Großvater verstorbenen emancipirten Sohne, und zwar erst nach der Emancipation gezeugt worden sind [55]), so ist bey diesen eben das Rechtens, was von den schon gebohrnen emancipirten Kindern gilt, wenn sie übergangen worden sind. Sie können nämlich die *bonorum possessio contra tabulas*

53) L. 2. *Cod. de postum. hered. instit.*

54) *L.* 12. *D. de iniusto rupto test.* L. 8. §. 3. *D. de iure codicillor.* S. MALBLANC Dig. Tom. III. §. 695. pag. 846.

55) §. 26. *I. de legat.* Est autem alienus postumus, qui natus inter suos heres testatori futurus non est, ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo. S. *Ios.* FINESTRES cit. Diatr. Cap. I. §. 12. *Iv.* ALTAMIRANUS ad lib. VI. Quaest. Scaevolae Tract. VI. ad L. 29. D. de lib. et postum. §. 6. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. p. 452.) und *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. *Fabrum* Lib. III. Tract. 16. Qu. 2. seqq.

bulas suchen [56]), welche der Prätor auch schon vor ihrer Geburt dem ventri giebt [57]). Wenn endlich

b) Postumi von dem Testirer förmlich enterbt worden sind, so können sie blos, wie schon gebohrne Kinder, in solchem Falle das Testament durch die querelam inoff. testamenti anfechten, insofern die Enterbung auf eine ungerechte Art geschehen ist [58]). In Absicht auf die Form der Enterbung fand auch hier vor Justinian ein Unterschied zwischen postumis männlichen und weiblichen Geschlechts statt, indem nur erstere namentlich, leztere aber auch inter caeteros enterbt werden konnten; nur mußte bey der Enterbung inter caetoros der enterbten postumae ein Vermächtniß hinterlassen werden, weil sie sonst für präterirt gehalten, und das Testament durch deren Agnation rumpirt wurde [59]). Allein Justinian hat auch diesen Unterschied aufgehoben, und verordnet, daß die Enterbung bey den postumis weiblichen Geschlechts eben so wie bey den männlichen postumis namentlich geschehen sollte, so wie er solches auch bey schon gebohrnen Kindern verordnet hatte [60]).

Aus

56) *L. 1. §. 2. L. 3. pr. D. de bon. poss. contr. tab.*

57) *L. 1. §. 11. L. 7. pr. L. 10. D. de ventre in poss. mitt.*

58) *§. 2. I. de inoff. test. L. 6. pr. D. eodem.*

59) *§. 1. I. de exheredat. lib.* Sed *feminini* quidem *sexus* personae vel nominatim vel inter ceteros exheredari solebant: dum tamen, si *inter ceteros* exheredarentur, aliquid eis *legaretur*, ne viderentur praeteritae esse per oblivionem. *Masculos* vero *postumos*, id est filios et deinceps placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredarentur.

60) *L. 4. in fin. Cod. de lib. praeterit.* Sed quia et aliud vitium fuerat sub obtentu differentiae introductum, et alia iura exheredа-

Aus allem diesen ergiebt sich nun also soviel, daß die Ausschließung der Descendenten in dem Testament eines väterlichen Ascendenten eine vierfache Wirkung nach dem Unterschied der angegebenen Fälle haben könne, indem das Testament entweder als gleich von Anfang nichtig, oder als *ruptum*, oder als *inofficiosum*, oder mit der *bonorum possessione contra tabulas* angefochten werden kann. Es erhellet ferner hieraus, daß die Präterition der Descendenten in dem Testament eines väterlichen Ascendenten nicht die Wirkung der Exheredation hat, sondern daß hier die Enterbung namentlich und förmlich geschehen müsse, wenn das Testament zu Recht bestehen soll [61]). Der Unterschied der angegebenen Rechtsmittel besteht nun darin.

 1) Die

redationis in postumis, alia in iam natis observabantur: cum necesse fuerat, postumum inter ceteros exheredatum etiam legato honorari, filium autem iam progenitum etiam sine datione legati: et hoc brevissimo incremento verborum ad plenissimam definitionem deduximus, sancientes, *eadem iura obtinere et in postumis exheredandis, sive masculini sive feminini sexus sint*, quae in *filiis* et *filiabus* iam statuimus, *ut etiam ipsi vel ipsae nominatim exheredentur, id est, postumi* vel *postumae facta mentione.*

61) Nur eine Ausnahme findet in dem Falle Statt, wenn ein Soldat zur Zeit der Expedition ein Testament macht, und seine Kinder wissentlich übergeht; hier gilt die Präterition als eine Enterbung. §. *6. I. de exheredat. lib.* Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos iam natos, vel postumos nominatim non exheredaverit, sed silentio praeterierit, non ignorans, an habeat liberos: *silentium eius pro exheredatione nominatim facta valere*, constitutionibus Principum cautum est.

1) Die *Querela nullitatis* wirft das ganze Testament um. Es fallen daher auch die Vermächtnisse weg [62]. Diese Klage geht ohne Präparation auf die Erben über, und dauert 30 Jahr [63].

2) Wird das Testament rumpirt, so geht es ebenfalls mit allen seinen Verordnungen zu Grunde [64].

3) Wird das Testament mit der *Querela inofficiosi T.* angefochten, so gründete sich der Kläger

a) auf die Fiction, als ob der Erblasser nicht recht bey Verstande gewesen sey [65].

b) Die Kinder können durch diese Klage nur den Theil der Erbschaft fordern, den sie bekommen hätten, wenn der Vater ohne Testament verstorben wäre, es mag entweder das eine Kind eingesetzt und das andere enterbt, oder sie mögen alle enterbt, und ein Fremder instituirt seyn, insofern nicht etwa in dem letztern Falle das mitenterbte Kind sich seines Klagerechts begeben, oder solches durch die Verjährung verlohren, oder den Proceß liegen gelassen haben sollte. Denn nun accrescirt desselben Portion den Kindern, welche geklagt, und den Proceß gewonnen haben [66].

Daher

62) *L. 7. L. 30. D. de lib. et postum. L. 17. D. de iniusto rupto et irr. testam.*

63) *L. 3. C. de praescr. 30. vel 40 annor.*

64) *L. 16. D. de lib. et postum. L. 1. C. de postum. hered. instit.*

65) *L. 2. D. h. t.* Hoc colore de inofficioso testamento agitur, *quasi non sanae mentis fuerunt*, ut testamentum ordinarent.

66) *L. 8. §. 8. D. h. t.* Sumus duo filii exheredati, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. *L. 17. pr. D. eodem.* Qui repudiantis animo non venit

ad

Daher wird durch die Querel das Testament oft nur zum Theil rescindirt. Der Sohn konnte auch gegen den einen Testamentserben gewinnen, gegen den andern den Proceß verlieren. Hier darf er nur zu seinem Antheile die Schulden des Erblassers bezahlen [67]. Auf jeden Fall bleibt auch die Pupillar-Substitution gültig, wenn das Testament nur zum Theil rescindirt wird [68]. Wenn aber der Enterbte der einzige Intestaterbe war, so wurde das Testament nach dem ältern Rechte ganz umgeworfen, und

 nun

ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt. Unde si de inoff. testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret; quia, rescisso testamento, alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset; hic, si obtinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi Centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint. *L.* 23. §. 2. *D. h. t.* Si duo sint filii exheredati, et ambo de inoff. testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, *pars eius alteri adcrescit* Man vergleiche über diese Stellen vorzüglich *Desid.* HERALDUS de rerum iudicatarum Auctoritate lib. II. cap. 14. §. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1226.) und *Car. Frid.* ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumvir. lib. II. cap. 6. not. i. pag. 154.

67) *L.* 15. §. 2. *D. h. t.* Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus, diversas sententias iudicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est: et debitores convenire, et ipse a creditoribus conveniri *pro parte* potest. Die Ursachen von dieser Verschiedenheit der Erkenntnisse in der nämlichen Streitsache untersucht sehr gelehrt Herr Direct. ZEPERNICK ad *Siccamam* lib. II. cap. 7. not. f. p. 162.

68) *L.* 8. §. 5 *D. h. t.* Si pro parte patris testamentum rescissum est, — pupillare valet.

nun galt nichts mehr, was in dem Testament auch ausser der Erbeneinsetzung angeordnet war [69]), selbst wenn die Codicillar-Clausel hinzugefügt seyn sollte [70]). Nur dann blieben alle Vermächtnisse stehen, wenn gegen den Beklagten in contumaciam erkannt worden [71]). So wurde also der Erblasser durch die gegen sein Testament angestellte Querel intestatus, bald ganz, bald nur pro parte. Nec absurdum videtur, sagt hier Papinian [72]), *pro parte intestatum videri.*

c) War keine Enterbungsursach angeführt, so mußte das enterbte Kind seine gute Aufführung gegen den Testirer beweisen, wenn nicht der Erbe durch Gegenbeweis dem Kläger die Mühe ersparen wollte [73]).

d) Die

69) *L.* 28. *D. h. t.* Cum *inofficiosum* testamentum arguitur, *nihil ex eo testamento valet.*

70) *L.* 13. *D. eodem.* — *L.* 36. *D. de legatis in III.* Nec fideicommissa *ab intestato* data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset: quia crederetur *quasi furiosus* testamentum facere non potuisse, ideo *nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet.*

71) *L.* 17. §. 1. *D. h. t.* *L.* 14. *D. de appellat.* *Io. Ortw.* WESTENBERG Div. Marcus. Diss. XX.

72) *L.* 15. §. 2. *D. h. t.*

73) *L.* 5. *D. h. t.* *L.* 28. *C. de inoff. testam.* Liberi, de inofficioso querelam contra testamentum parentum moventes, probationem debent praestare: quod obsequium debitum iugiter, *prout ipsius naturae religio flagitabat, parentibus adhibuerint;* nisi scripti heredes ostendere maluerint, *ingratos liberos contra parentes extitisse.* Add. QUINCTILIANI *Institut. Orat.* lib. VII. cap. 4. ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumvir. lib. II. c. 6. not. g. pag. 152. und HOFACKER Histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 13.

d) Die Querela inoff. T. ist auf einen fünfjährigen Zeitraum beschränkt [74], und geht

e) auf die Erben nur alsdann über, wenn sie präparirt, d. i. wenn sie angestellt, oder mit Anstellung derselben gedrohet ist, oder das emancipirte Kind die bonorum possessio litis ordinandae gratia agnoscirt hatte [75]. Nur denn, wenn der enterbte Sohn während der Deliberation des eingesetzten Erben stirbt, wird die Querel auf desselben Descendenten auch ohne Präparation transmittirt [76].

f) Verliert der Querulant den Proceß, und er hat für sich oder freywillig für einen andern geklagt, es geschahe auch die Abweisung wirklich, und nicht in contumaciam, auch noch bey Lebzeiten des Klägers, so macht er sich auch des Vermächtnisses verlustig, was ihm im Testament hinterlassen ist [77]. Diese Strafe hat der nicht zu befürchten, der blos die Gültigkeit des Testaments mit der Querela nullitatis in Anspruch nimmt [78]. Endlich

g) wird noch, wenn die Klage mit Wirkung soll angestellt werden können, erfordert, daß der Erbe die Erbschaft angetreten habe [79].

U 5 4) Wird

74) *L.* 8. §. *ult.* *L.* 9. *D. h. t.* *L.* 16. *L.* 34. *in fin.* *L.* 36. §. 2. *C. h. t.*

75) *L.* 6. §. 2. *L.* 7. *D. h. t.* *L.* 5. *C. eod.*

76) *L.* 34. *C. h. t.*

77) *L.* 8. §. 14. *D. h. t.* *L.* 30. §. 1. *D. eod.* §. 5. *I. eod.* *L.* 22. *D. de his, quae ut indign.* de RETES Advers. de inoff. test. cap. 24. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. p. 541.)

78) *L.* 5. §. 1. *L.* 25. *D. de his, quae ut indign.*

79) *L.* 8. §. 10. *D. h. t.*

4) Wird das väterliche Testament von präterirten Kindern mit der Bonorum possessio contra tabulas angefochten, so wird dadurch das Testament zwar rescindirt, und die Intestaterbfolge tritt ein [80]). Ist jedoch ein anderes Kind in dem Testament zum Erben eingesetzt, und dieses hat die väterliche Erbschaft angenommen, so bleibt das Testament in Ansehung des eingesetzten Kindes gültig, dieses muß sich nun mit seinem Erbtheil begnügen, welchen dasselbe aus dem väterlichen Testament erhalten hat, und auch die Legata auszahlen [81]). Eben dies gilt auch, wenn ein anderes Kind noch in dem Testament enterbt ist. Diesem kommt die B. P. c. T. welche das präterirte Kind erhalten hat, nicht zu statten, sondern es muß noch insonderheit die querela inoff. T. anstellen, um das Testament auch in Rücksicht seiner zu entkräften [82]). Auf jeden Fall bleibt auch die Pupillar-Substitution bey Kräften, wenn gleich das Testament durch die B. P. c. T. rescindirt wird [83]). Es muß nur nicht der Kläger selbst der Pupillar-Substitut seyn,

80) *L. 1. pr. D. de legat. praest. L. 17. C. de collat. L. 4. C. de lib. praet.*

81) *L. 14. pr. D. de bon. poss. contra tab.* Hätte sich das eingesetzte Kind noch nicht in die väterliche Erbschaft immiscirt, so kann es selbst die B. P. c. T. suchen, und hierdurch seinen Intestaterbtheil mit dem präterirten Kinde erhalten. *L. 8. §. 14. D. eodem.* SARTORIUS in Diss. de bon. poss. quam contra tab. parentum liberi agnosc. Sect. I. §. 3. pag. 63. seq.

82) *L. 10. §. 5. L. 20. pr. D. de Bon. poss. c. T.*

83) *L. 34 §. ult. L. 35. D. de vulg. et pup. subst. L. 103. §. 2. et 3. D. de legat. III.* SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 6. pag. 71.

seyn, sonst geht die Pupillar-Substitution zu Grunde[84]. Endlich müßen auch bey der B. P. c. T. gewisse Vermächtnisse prästirt werden, nämlich die, welche den Kindern, Eltern, oder der Frau oder der Schwiegertochter des Testirers hinterlassen worden sind[85]. Also nicht alle, wie bey der Querela inofficiosi. Es werden diese Legaten auch nur von einem emancipirten Kinde prästirt. Denn hat ein filius suus praeteritus die B. P. c. T. erhalten, so fallen auch die Vermächtnisse weg, weil dieser die väterliche Erbschaft wegen der Nichtigkeit des Testaments, auch ohne die B. P. ab intestato erhalten haben würde.[86]. Endlich unterscheidet sich die B. P. c. T. noch darin von allen andern Rechtsmitteln, daß sie binnen einem Jahre gesucht werden muß, welches von dem Tage zu laufen anfängt, da der Notherbe Wissenschaft von dem Tode des Erblassers erhalten hat[87], wenn gleich der eingesetzte Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten hat[*].

Wenn hingegen

II) Kinder von der Mutter oder andern mütterlichen Ascendenten ausgeschlossen worden sind, so ist kein Unterschied, ob sie enterbt oder präterirt worden sind, weil einer Mutter in dem ältern Recht keine Form vorgeschrieben ist, wenn sie ihre Kinder im Testament

84) *L. 22. D. de vulg. et pup. subftit.*

85) *L. 1. pr. et §. 1. seq. L. 3. §. 1. L. 5. §. 2. L. 15. §. 3. D. de legat. praest.* de RETES Advers. ad Tit. Dig. de legatis praestandis cap. 8. (in *Thes. Meermann.* T. VI. p. 506. seq.)

86) *L. 15. pr. L. 16. D. de legat. praest.* de RETES c. l. c. 9. et 10. SARTORIUS cit. Diss. Sect. I. §. 6. pag. 69. seq.

87) *§. 4. et 6. I. de Bon. poss.*

*) *L. 4. pr. L. 19. D. de B. P. c. Tab.*

ment ausschliessen will, daher die Präterition der Kinder in dem Testament der Mutter, so wie der übrigen mütterlichen Ascendenten immer die Wirkung der Exheredation hat. Justinian [88]) sagt dieses ausdrücklich: Mater vel avus maternus necesse non habent, liberos suos aut heredes instituere, aut exheredare: sed possunt eos silentio omittere.... *Nam silentium matris, aut avi materni et caeterorum per matrem ascendentium tantum facit, quantum exheredatio patris.* Der Grund dieses Unterschiedes ist, weil eine Mutter keine suos heredes hat, mithin können auch Enkel eben so wenig die iura suorum heredum in Ansehung ihrer mütterlichen Großeltern haben [89]). Eine ungerechte Ueber-

88) §. 7. *I. de exheredat. liberor.*

89) Eben deswegen succedirten auch die Kinder nach den Gesetzen der 12. Tafeln der Mutter nicht ab intestato, wie Ulpian Tit. 26. *Fragm.* §. 7. sagt, obwohl dieses auch mit seinen Grund darin gehabt haben kann, weil eine Mutter durch die Convention in manum mariti gehindert war, ein eigenes Vermögen zu erwerben und zu hinterlassen. S. HUGO Comm. de fundamento successionis ab int. ex iure Rom. antiquo et novo. *Goett.* 1785. §. 18. p. 20. Dieser Grund hörte aber freylich in der Folge auf, als die conventio in manum mariti ausser Gebrauch kam. Daher erhielten die Kinder durch das SCtum Orphitianum ein gesetzliches Erbrecht in dem Vermögen ihrer Mutter. *Pr. I. de SCto Orphit.* Man findet indessen schon vor dem Orphitianischen Senatusconsultum Beyspiele bey VALERIUS MAX. lib. VII. cap. 7. Ex. 4. cap. 8. Ex. 2. und PLINIUS *Lib. V. Epist.* 1. daß die Centumviralrichter gegen mütterliche Testamente die querela inofficiosi zugelassen haben. Man darf sich aber darüber nicht wundern, weil ihnen der Prätor durch die Bon. possessio *unde cognati* den Weg dazu gebahnet hatte. *Princ. I. de SCto Tertull.* SCHRADER Comment. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testam. §. 9.

Nach-

Uebergehung oder Enterbung kann hier also von dem Kinde immer nur als unbillig durch die querela inofficiosi testamenti angefochten werden [90]). Und wenn auch die Mutter nach der Errichtung ihres Testaments noch Kinder gebiert, so wird doch dadurch ihr Testament nicht rumpirt, sondern es kann nur als inofficiosum angefochten werden [91]). Nur der Fall wird ausgenommen, wenn die Mutter vom Tode übereilt wurde, um nach der Geburt des Kindes ihr Testament ändern zu können [92]). Hier kommt es darauf an, ob sie blos ihre Kinder zu Erben eingesetzt hat, oder fremde Personen. Im ersten Falle soll die querela inofficiosi wegfallen, und *per coniecturam maternae pietatis* angenommen werden, als ob sie ihre sämmtlichen Kinder, und also auch das nachgebohrne, instituirt hätte. Das Testament

Nachher nahmen sich auch die Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius der Tochterkinder an, und gaben ihnen ein Successionsrecht in den Gütern ihrer mütterlichen Großeltern. §. 1. *I. de SCto Orphit.* *L.* 9. *Cod. de suis et legit. lib.* HAUBOLD Diss. de different. inter testam. nullum et inofficios. Cap. VII. pag. 24.

90) *L.* 19. *L.* 27. §. 4. *D. de inoff. testam.* *L.* 15. *Cod. eodem.*

91) *L.* 6. *pr. D. h. t.* Höpfners Commentar §. 517. Not. 1.

92) *L.* 3. *C. h. t.* Si mater filiis duobus heredibus institutis, tertio post testamentum suscepto, cum mutare idem testamentum potuisset, hoc facere neglexisset, merito, utpote non iustis rationibus neglectus, de inofficioso querelam instituere poterit. Sed cum eam in puerperio vita decessisse proponas: repentini casus iniquitas *per coniecturam maternae pietatis* emendanda est. Quare filio tuo, cui nihil, praeter maternum fatum imputari potest, *perinde virilem portionem tribuendam censemus, ac si omnes filios heredes instituisset.* Sin autem heredes scripti *extranei* erunt, tunc *de inofficioso testamento actionem* instituere non prohibetur.

stament bleibt also gültig, und auch die legata bleiben bey Kräften [93]). Wenn hingegen Fremde zu Erben ernannt sind, so kann das nachgebohrne und im Testament übergangene Kind die Inofficiositätsklage anstellen.

Die Bonorum possessio contra tabulas hingegen findet gegen das Testament eines mütterlichen Ascendenten nie Statt [94]). Denn da Frauenspersonen keine suos heredes haben, so können sie auch nicht aufhören, solche wegen einer Capitisdeminution zu haben [95]). Es ist daher ein unverzeihlicher Irrthum, wenn unser Verfasser §. 1605. dennoch behauptet, daß liberi à matre praeteriti die B. P. contra tabulas hätten verlangen können [96]). Die Wirkuugen der Querel gegen das mütterliche Testament, sind übrigens die nämlichen, wie die gegen das väterliche Testament

93) *Ant.* FABER Conjectur. jur. civ. Lib. IX. cap. 15. Westphal von Testamenten §. 575. u. 576. Book Lehre von der Enterbung §. 22. S. 69. folgg.

94) *L.* 4. §. 2. *D. de bon. poss. c. T.* Ad testamenta foeminarum Edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet: quia suos heredes non habent; und Justinian sagt es auch deutlich im §. 7. *I. de exheredat. lib.* wo es heißt: Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est: sive de iure civili quaeramus, sive de Edicto Praetoris; quo Praetor praeteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit. Sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet. (*sc. querela inoff. testamenti.*) S. Westphal von Testamenten §. 534.

95) *L.* 13. *D. de suis et legit. hered.*

96) Man sehe dagegen SARTORII Diss. alleg. Sect. I. §. 3. p. 37. und Koch Bonorum possessio §. 8. S. 110. u. folg.

ment [97]). Nur in dem Falle, da die Mutter geglaubt hat, das Kind, welches sie übergangen, sey schon gestorben, sollen nach einem Decret des Kais. Hadrian die Legate gültig bleiben [98]).

B) Sind

97) *L.* 19. *L.* 28. *D. h. t.*

98) *L.* 28. *D. h. t.* Cum mater militem filium falsò audisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset; *Divus* HADRIANUS decrevit hereditatem ad filium pertinere, ita ut libertates, et legata praestentur. Hic illud adnotatum, quod de libertatibus et legatis adiicitur. Nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet. Einige Rechtsgelehrten glauben, daß in diesem Gesetz nicht von der Inofficiositätsklage die Rede sey, sondern nehmen eine eigene actio rescissoria ex decreto Hadriani an, welche sich auf den stillschweigenden Willen der Mutter gründe, und wodurch nur die Erbeneinsetzung aufgehoben werde, als *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν, Centur. III. Qu. 35. *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig h. Tit pag. 167. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exercit. VII. §. 21. pag. 187. *Osius* AURELIUS de variant. *Cujacii* interpretat. Dispunct. XI. (in *Ev.* OTTON. *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 722.) und *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. 30. §. 17. Noch andere meinen, durch die Klage, welche das präterirte Kind in dem bemerkten Falle anstellen konnte, sey das Testament der Mutter gar nicht rescindirt, sondern so angesehen worden, als wenn das Kind instituirt worden wäre. Daraus lasse sich erklären, warum die Legaten hätten prästirt werden müssen, als *Iac.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. lib. II. cap. 13. (in *Ev.* OTTON. *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 578. seq.) Allein alle diese Erklärungen streiten gegen den Zusammenhang jener Stelle. Daß die querela inofficiosi in dem bemerkten Falle gegen das Testament der Mutter Statt hatte, erhellet aus L. 27. §. *ult. D. h. t.* Daß auch von dieser Klage in der *L.* 28. *cit.* die Rede sey, setzen die Schlußworte ausser Zweifel. Nur das fand freylich Paulus bemerkenswerth,

B) Sind Ascendenten in dem Testament ihrer Kinder ausgeschlossen worden, die ihnen den Pflichttheil zu hinterlassen schuldig waren, so hat auch hier die Präterition gleiche Wirkung mit der Exheredation, weil die Kinder gegen die Eltern nach dem ältern Rechte keine gewisse Form zu beobachten hatten. Die Ausschließung eines Ascendenten giebt also hier nur der Inofficiositätsklage Raum, wenn sie ohne rechtmäßige Ursache geschehen ist [99]; und zwar liegt hier dem eingesetzten Erben der Beweis ob, daß die Enterbung aus gerechter Ursache geschehen sey. [100]). Doch kannte der Vater, als Patron seines emancipirten Sohns, bonorum possessionem contra tabulas bis auf den Pflichttheil erhalten, oder so weit der Sohn ihm eine schändliche Person vorgezogen hat [1]).

End-

werth, daß nach dem Decret des K. Hadrian die Legate gültig bleiben sollten, vermuthlich weil man hier die Mutter keines Wahnsinns beschuldigen konnte, welche nicht aus Haß, sondern weil sie ihren Sohn für tod hielt, demselben einen andern Erben vorgezogen hatte. S. *Renat.* BOTTEREAU in Hadriano legislatore ad A. U. C. 890. nr. 2. (in HOFMANNI *Histor. iur. Rom.* T. II. pag. 205.) POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. nr. XXXVII. not. a. Westphal von Testamenten §. 578. ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumvir. lib. II. cap. 6. not. h. et in Diatr. de rerum perpetuo similiter a Centumviris iudicatar. auctoritate §. 20.

99) *L.* 17. *C. de inoff. testam.* Cum filium tuum, te praeterita, sororem heredem instituisse proponas: inofficiosi querelam apud Praesidem provinciae persequi potes.

100) *L.* 28. *C. h. t.*

1) *L.* 16. §. 1. *D. h. t.* *L.* 1. §. *ult.* *L.* 3. *D. Si quis a parente manumiss.*

Endlich wenn

III) Geschwister ausgeschloßen worden sind, so kann ein solches Testament in dem Falle, da ihnen eine schändliche Person ist vorgezogen worden, immer nur als lieblos angefochten werden, und den enterbten oder übergangenen Geschwistern steht hier kein anderes Rechtsmittel, als die querela inoff. testamenti, gegen die ihnen vorgezogene schändliche Person zu [a]). Haben sie jedoch, es sey, unter welchem Titel es wolle, von dem Vermögen des Erblassers Etwas bekommen, so können sie das Testament nicht als pflichtwidrig anfechten, sondern nur höchstens auf die Ergänzung des Pflichttheils klagen [b]). Und selbst in dem Falle, da sie ganz zurückgesetzt worden sind, muß man doch noch unterscheiden, ob sie durch schlechtes Betragen gegen den Erblasser, welches denn freylich blos der Beurtheilung des Richters überlassen werden muß, diese gänzliche Zurücksetzung verdient haben, oder nicht. Denn nur in dem letztern Falle ist das Testament als pflichtwidrig anzusehen, und kann mittelst der querelae inofficiosi testam. gegen die ehrlose oder verächtliche Person, welche zum Erben eingesetzt worden, angefochten werden. Es erhellet hieraus, daß die Thatumstände, welche die ausgeschlossenen Geschwister in den Stand setzen, ein Testament als lieblos anzufechten, von doppelter Art sind. Sie betreffen nämlich theils ihr eigenes Betragen gegen den Erblasser, theils die Beschaffenheit der Person des eingesetzten Erben. Gründet sich der Kläger darin, er habe die Zurücksetzung nicht verdient, so

muß

a) *L. 1. L. 21.* u. *L. 27. C. de inoff. testam.*

b) *§. 3. et 6. I. h. t. L. 30. C. eod.*

muß der Kläger diesen Klagegrund beweisen [4]), so wie ihm der Beweis obliegt, daß der Beklagte eine schändliche Person sey [5]). Nur wenn eine Ursache der Ausschliessung angeführt ist, muß der Beklagte deren Wahrheit erweisen [6]). Uebrigens hebt die Querel der Geschwister in der Regel das Testament ganz auf, und es können daher sogar die schon ausgezahlten Legate zurückgefordert werden [7]). Wäre jedoch außer der eingesetzten turpis persona noch ein anderer anständiger Erbe ernennt worden, so bleibt das Testament in Ansehung desselben gültig, und die präterirten Geschwister können nur den Antheil fordern, welcher dem heredi turpi vom Testirer zudacht war, welches denn freylich hier, wie Ulpian [8]) ganz richtig bemerkt, die besondere, aber bey der Querel nicht ungewöhnliche Folge hat, daß nun der Testirer pro parte testatus und pro parte intestatus verstorben zu seyn scheint.

Es entsteht nun die Frage, was in Ansehung dieses ältern Rechts durch die Nov. 115. und 118. geändert worden sey. Hier ist

1) so-

4) *L. 3. D. h. t. L. 5. §. 1. D. eodem.* Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 266. Nr. 26. a. E. Book Lehre von der Enterbung 1. Hauptst. §. 15.

5) HOFACKER Princ. iur. civ. T. II. §. 1694. in fin. MADIHN Princ. I. R. de Success. §. 264.

6) HOFACKER histor. iur. civ. de praeterit. et exheredat. §. 13. et 31.

7) *L. 8. §. 16. D. h. t.*

8) *L. 24. D. eod.*

1) soviel gewiß, daß in Ansehung der Geschwister durch die Nov. 115. nichts geändert worden ist [9]). Allein

2) in Ansehung der Kinder und Eltern enthält die Novelle 115. Kap. 3. und 4. folgende wichtige Aenderungen. Nämlich

I) Kinder und Eltern ohne Unterschied des Grades und Geschlechts sollen anders nicht enterbt oder übergangen werden dürfen, als wenn eine im Gesetz bestimmte Ursache namentlich angeführt worden, deren Wahrheit der eingesetzte Erbe zu beweisen im Stande ist. Ist dieses nicht beobachtet worden, so kann das Testament angefochten werden, wenn auch gleich dem enterbten oder übergangenen Kinde oder Ascendenten der ihm gebührende Pflichttheil durch irgend eine Schenkung oder Vermächtniß oder Fideicommiß oder auf irgend eine andere Art wäre zugewendet worden. Die Worte selbst lauten nach Hombergks Version folgendermassen:

Kap. 3. Sancimus igitur, ne *ullo modo* patri aut matri, avo aut aviae, proavo aut proaviae filium suum aut filiam, aut reliquos liberos in testamento suo *praeterire* vel *exheredare* liceat, etsi quacunque donatione vel legato vel fideicommisso vel alio quocunquemodo partem legibus illis debitam dederint, *nisi forte ingrati probentur, et parentes ipsas ingratitudinis causas nominatim in testamento suo scripserint.*

9) HOFACKER Hist. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 31. MALBLANC Dig. T. III. §. 698. THIBAUT System des P. R. Tom. II. §. 819. besonders Boock Lehre von der Enterbung 1. Hauptstück S. 24. folgg.

Kap. 4. heißt es eben so: Sancimus igitur, ne liberis parentes suos *praeterire*, vel eos quocunque modo a rebus suis, in quibus potestatem testandi habent, *plane excludere liceat*, nisi *causas*, *quas enumerabimus*, *in testamentis suis specialiter scripserint*.

Es soll jedoch,

II) wenn die Vorschrift dieses Gesetzes nicht beobachtet worden ist, nur die Erbeneinsetzung aufgehoben werden, und die Intestaterbfolge eintreten. Alles andere aber, was in dem Testament noch sonst an Vermächtnissen, Fideicommissen, Freyheiten, Vormundschaften und dergleichen ist angeordnet worden, also auch die Pupillar-Substitution [10]), soll

10) Anderer Meinung ist zwar MADIHN in Princip. iur. Rom. de successionib. §. 159. p. 200. Er geht von dem Grundsatz aus, daß durch die Nov. 115. Kap. 3. und 4. das inofficiöse Testament gleichsam in einen Intestat-Codicill verwandelt werde. Es können also zwar Vermächtnisse, Fideicommisse und Manumissionen, aber keine Pupillar-Substitution bestehen, als welche in keinem Codicill angeordnet werden könne. Allein Madihn geht hier von einem ganz unrichtigen Grundsatz aus. Justinian sagt keinesweges, daß das Testament, welches wegen einer ungerechten Enterbung oder Präterition umgestossen worden, in Ansehung der Vermächtnisse und übrigen außer der Erbeinsetzung darin enthaltenen Verordnungen, als ein Intestat-Codicill gelten solle, sondern, er sagt vielmehr, daß in Ansehung dieser übrigen Verfügungen des Erblassers das Testament desselben als nicht rescindirt angesehen werden solle. Es heißt am Ende des 3. Kap. der Nov. 115. ausdrücklich: et tanquam in hoc *non rescissum* obtineat *testamentum*, oder wie es Hombergk übersetzt hat, *quasi pro ea parte testamentum non eversum valeat*. Hierzu kommt, daß Justinian ausdrücklich verordnet, es solle nur die

soll gültig bleiben, und hierin der Wille des Erblassers erfüllet werden, nicht anders als ob das Testament in so weit nicht rescindirt worden wäre. Dieser zweyte Theil des Gesetzes lautet nach der Hombergkischen Uebersetzung so:

Kap. 3. Si vero haec non observentur, liberis exheredatis nullum praeiudicium fiat, *sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento infirmato, ad hereditatem parentum liberi ab intestato aequis partibus veniant*: ne liberi fictis accusationibus condemnentur vel circumscriptionem quandam in bonis parentum sustineant. *Si tamen contingat, ut in eiusmodi testamentis legata quaedam vel fideicommissa vel libertates relinquantur, vel tutores dentur, vel alia quaecunque capita legibus probata nominentur, illa omnia impleri iisque dari iubemus*, quibus relicta sunt, *quasi pro ea parte testamentum non eversum valeat.*

Kap. 4. Si vero illa non observentur, nullam vim eiusmodi testamentum, quantum ad institutionem

 nem

die Erbeneinsetzung aufgehoben werden, wenn das Testament aus dem Grunde der 115. Nov. angefochten wird. Natürlicher Weise muß also schon darum die Pupillar-Substitution gültig bleiben, weil *alia quaecunque capita legibus probata* bey Kräften erhalten werden sollen. Hierin stimmen auch überein VOET in Comm. ad Pand. Tom. II. lib. XXVIII. Tit. 6. §. 24. HUNNIUS in var. Resolut. iur. civ. lib. II. Tr. 5. Qu. 12. Westphal von Testamenten §. 380. a. E. S. 267. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1316. MALBLANC Princ. iur. Rom. sec. ord. Dig. T. III. §. 713. pag. 886. Höpfner im Commentar über die Institut. §. 503. Nr. 10. THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 819. S. 234. besonders Boock Lehre von der Enterbung §. 26. S. 88. folg.

nem heredum, habere sancimus, sed everso testamento, heredes ab intestato ad defuncti hereditatem vocamus, iisque res illius dari sancimus: legatis scilicet, sive fideicommissis et libertatibus et dationibus tutorum et allis capitibus vim suam obtinentibus.

Dieses vorausgeschickt, so entstehen nun, um das Verhältniß dieser Novelle zu dem ältern Recht näher zu bestimmen, folgende Fragen.

1) **Wenn Descendenten von einem väterlichen Ascendenten im Testament präterirt, oder nicht rite enterbt worden sind, so daß die Exheredation selbst nach der alten Form ungültig ist, findet hier die Nov. 115. Kap. 3. Anwendung, so daß nur die Erbeneinsetzung aufgehoben wird, die übrigen Verordnungen des Testaments aber so wie die Vermächtnisse gültig bleiben; oder können nicht vielmehr die Kinder in diesem Falle noch jetzt die alte Nullitäts-Querel mit der Wirkung anstellen, daß das ganze Testament nebst allen Anhängen desselben vernichtet wird?** Die Rechtsgelehrten sind über diese Frage sehr verschiedener Meinung. Einige[11]) behaupten ganz allgemein, daß die Präterition der Kinder, sie geschehe vom Vater oder der Mutter, keine andere Wirkung habe, als welche ihr in dieser Novelle zugeschrieben wird, und daß also nur die

11) DONELLUS in Comment. iur. civ. lib. VI. cap. 13. STRUV Synt. iur. civ. Ex. 32. Th. 32. DUARENUS in Comm. ad Tit. D. de iniusto rupt. et irr. test. cap. 2. HOTTOMANNUS Lib. IV. Obs. 27. FACHINAEUS in controv. iur. lib. 6. Cap. 77. et lib. X. cap. 70. und Baok Lehre von der Enterbung 2. Hauptst. §. 29.

die Erbeinsetzung zu Grunde gehe. Andere[12]) unterscheiden zwischen solchen Kindern, die noch in des Testirers väterlichen Gewalt sich befanden, und emancipirten Kindern. Auf die Präterition der erstern gehe die Novelle nicht, sondern diese könnten auch noch jetzt die Nullitätsquerel des ältern Rechts mit der Wirkung anstellen, daß das ganze Testament mit seinen Anhängen zerfalle. Wenn aber emancipirte Kinder präterirt worden sind, so könnten diese nun auch nach der Nov. 115. das Testament als nichtig anfechten, ohne der prätorischen Bon. possessio contra tabulas weiter benöthiget zu seyn. Noch andere[13]) behaupten, daß auf den Fall, wenn Kinder von väterlichen Ascendenten präterirt worden sind, die Nov. 115. gar nicht gehe, sondern die Kinder könnten in solchem Falle das Testammt durch die ältern Rechtsmittel, nämlich durch die Nullitätsquerel oder die *B. P. contra Tabulas*, je nachdem sie entweder sui oder emancipati sind, als ungültig

12) *Sam. de* COCCEJI in iure civ. controv. lib. XXVIII. Tit. 2. Qu. 6. STRYK Us. mod. Pand. Tit. de lib. et postum. §. 3. SARTORIUS cit. Diss. Sect. II. § 4.

13) CUJAC. ad L. 17. D. de iniusto rupt. test. *Ant.* FABER Conject. iur. civ. lib. IX. c. 14. IDEM de Error. Pragm. Dec. XX. err. 4. et dec. XLIX. err. 5. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. 17. Qu. 1. sqq. VINNIUS select. iur. Quaest. Lib. II. cap. 20. VOET Comm. ad Pand. Tit. de lib. et postum. §. 4. *Luc. van de* POLL de exhered. et praet. cap. 20—22. *Ge.* FEIN Diss. de herede suo sub conditione instituto. *Goett.* 1777. Sect. I. §. 10. Koch Bonor. poss. §. 8. S. 135. und 180. Westphal von Testamenten §. 549. und THIBAUT System des Pandectenrechts 2. B. §. 819. S. 234. am Ende. Höpfners Commentar §. 528. Not. 1.

tig anfechten. Justinian habe also das alte Rec[ht in] Ansehung der in dem väterlichen Testament geschehenen [Prä]terition der Kinder nicht geändert, sondern setze in der N[ov.] 115. einen solchen Fall voraus, da die Exheredation [oder] Präterition nach dem ältern Rechte gültig gewesen w[äre.] Unter diesen verschiedenen Meinungen ist zwar die erstere [we]gen der *Auth.* Ex causa *Cod. de lib. praeterit.* in der P[ra]xis angenommen [14]), und man kann ihr auch in sofern [mit] Grund beytreten, als nach derselben anzunehmen ist, daß [die] Nov 115. Kap. 3. nicht blos von der mütterlichen Präte[r]ition der Kinder allein zu verstehen sey, sondern ebenfal[ls] auch auf den Fall gehe, da Kinder von einem väterliche[n] Ascendenten präterirt worden sind. Dies beweisen die An[-]fangsworte klar: Sancimus, ne ullo modo *patri* aut matri, *avo* aut aviae, *proavo* aut proaviae; filium suum aut filiam aut reliquos liberos *praeterire* aut exheredare liceat, wo des Vaters und der väterlichen Ascendenten ausdrücklich gedacht wird, und man thut den Worten offenbar Gewalt an, wenn man sie blos von der mütterlichen Präterition verstehen, und das Wort exheredare blos auf den Vater und die väterlichen Ascendenten beziehen will. Allein deswegen war es Justinians Absicht ganz und gar nicht, durch dieses Gesetz das ältere Recht in Absicht auf die väterliche Präterition der Kinder ganz aufzuheben. Denn es bedarf keines mühsamen Beweises, um sich lebhaft davon zu überzeugen, daß Justinian in der Nov. 115. Kap. 3. einen solchen Fall voraus setze, wo das Testament der Exhere-

dation

14) GAIL Observat. lib. II. cap. 113. et 114. CARPZOV jurispr. for. P. III. Constit. IX. Definit. 3. nr. 2. MÜLLER ad *Struv.* Exercit. XXXII. Th. 32. not. 9.

dation oder Präterition ungeachtet nach den ältern Gesetzen zu Recht besteht. Dies beweisen die Worte: Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis *praeiudicium* generari, welche keinen Sinn hätten, wenn das Testament wegen der Ausschließung der Kinder schon nach den ältern Gesetzen an sich nichtig wäre. Sie deuten also offenbar auf einen solchen Fall hin, wo außer diesem Gesetz sonst keine Querel Statt hätte. Das Gesetz sagt ferner: Sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire, wie reimt sich dies mit dem Falle zusammen, wo das ältere Recht schon das ganze Testament für null und nichtig erklärt? Das Gesetz verordnet endlich, es sollen, außer der Erbeneinsetzung, alle übrige Verfügungen des Testaments beobachtet werden, ut tanquam in hoc *non rescissum* obtineat testamentum. In der That müßte der Gesetzgeber seinen Verstand verlohren haben, wenn er von einem Testament, was die ältern Gesetze, die er kurz vorher noch selbst bestätiget hatte [15]), auch in Ansehung der Vermächtnisse für null und nichtig erklären, hätte sagen wollen, es soll in Absicht auf die Vermächtnisse als nicht aufgehoben angesehen werden. Dies setzt offenbar voraus, daß das gan-

15) *L. 30. §. 1. C. h. t.* wo es heißt: Sin vero vel *praeterierint* aliquam eorum personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione vel alia eorum mentione facta, nihil eis penitus reliquerint: *tunc vetera iura locum habere sancimus, nullam ex praesente promulgatione novationem vel permutationem acceptura.* — *L. 33. C. eodem* — exceptis illis, quibus *nihil* in testamento derelictum est, *in quibus prisca iura illibata servamus.*

ze Testament an sich gültig geblieben wäre, wenn es nicht vom Richter in Absicht auf die Erbeneinsetzung wegen der dagegen angestellten Klage wäre aufgehoben worden.

Es ist also gewiß, daß die Nov. 115. Kap. 3. nach der wahren Absicht des Gesetzgebers nicht auf solche Fälle gezogen werden könne, wo das Testament schon vorher, als nichtig angefochten werden konnte, folglich in Ansehung der den präterirten Kindern gegen das väterliche Testament nach dem ältern Rechte zustehenden Nullitätsquerel nichts geändert sey. Denn die Absicht des Gesetzgebers war, durch sein Gesetz das Unrecht der Exheredation und Präterition von den Kindern zu entfernen, wie er selbst sagt Nov. 115. Kap. 3. a. E. und Kap. 5. im Anf. Es war also in solchen Fällen kein neu Gesetz nöthig, wo schon das ältere Recht die Kinder gegen das Unrecht der Enterbung und Präterition in Schutz nahm, und ihnen dagegen hinlängliche Rechtsmittel gab, sondern nur in solchen Fällen war das neue Gesetz nöthig, wo die Exheredation nach dem alten Recht gültig und die Präterition erlaubt gewesen wäre. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde Justinian durch sein Gesetz mehr geschadet, als geholfen haben, weil er ihnen statt des ältern vortheilhaftern Rechtsmittels ein neues weniger vortheilhaftes gegeben hätte [16].

Aus diesen Gründen ist es daher auch keinem Zweifel unterworfen, daß die Nov. 115. Kap. 3. eben so wenig auf solche Notherben Anwendung finde, die nach dem ältern Rechte das Testament des väterlichen Ascendenten durch ihre Agnation rumpiren [17].

Es

16) SARTORIUS cit. Diss. Sect. II. §. 4. not. c. pag. 92.

17) *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. 22. HAUBOLD Diss. de different. inter testam. nullum et inofficios. c. VI. not.

Es kommt also nur noch darauf an, in wiefern schon vor der Nov. 115. die praeteritio paterna der Kinder mit der mütterlichen gleiche Wirkung hatte, ohne daß das Testament als nichtig oder lieblos angefochten werden konnte. Dies lehrt uns Justinian in der *L.* 30. *C. h. t.* wo er sagt: Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes, magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus: et in certis casibus, in quibus de *inofficiosis* defunctorum testamentis, vel *alio modo subvertendis* moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat: ut sive adjiciatur in testamento de adimplenda legitima portione, sive non, *firmum* quidem sit *testamentum*, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum vel *alio modo subvertendum* queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est, ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere: si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit. — *Et haec quidem de his personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommisso, licet minorem legitima portione, reliquerint.* Es liegt in diesen Worten ganz klar, daß in solchen Fällen, wo sonst das Testament wegen der Präterition oder der Enterbung als pflichtwidrig, oder als nichtig angefochten werden

konn-

not. z. pag. 320. *Io. Chr.* KOCH Diss. de testamento per matrimonium vel nullo vel rupto. *Giessae* 1773. §. 4. HOFACKER histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 30. in fin.

konnte [18]), nun diese Klagen wegfallen sollen, wenn solche Notherben, die sich dieser Klagen bedienen konnten, mit einem Theile des Vermögens wären bedacht worden, es sey erbeinsetzungsweise oder durch ein Vermächtniß geschehen, wenn das, was ihnen hinterlassen worden, auch weniger, als der Pflichttheil, betragen sollte. Hier soll blos suppletorisch geklagt werden können, es mag im Testament gesagt seyn, daß der Pflichttheil ergänzt werden solle, oder nicht. Nach diesem Gesetz war also schon die Einsetzung oder Enterbung der suorum oder emancipatorum in dem Falle kein nothwendiges Erforderniß zur Gültigkeit des väterlichen Testaments mehr, wenn die Kinder auch nur mit Etwas im Testament bedacht worden sind; und das Testament konnte nach diesem Gesetz nicht mehr, wie sonst im Falle einer Enterbung, als lieblos, oder im Falle der väterlichen Präterition, als null [19]) angefochten werden. Nur dann, wenn die Kinder im Testament gar nicht im geringsten bedacht worden sind, soll das alte Recht gelten, und das Testament im Falle einer väterlichen Präterition als nichtig, im Falle einer mütterlichen oder sonstigen Ausschliessung eines Notherben aber als inofficiös angefochten werden können. Nach diesem Gesetz brauchten also Ascendenten, ohne Unterschied sie seyen väterliche oder mütterliche, ihren Kindern nur etwas im Testament zu hinterlassen, gleich-

18) Man sehe §. 548. S. 111. dieses Comment.

19) Dies wollen ohne Zweifel die Worte vel *alio modo subvertendum queri* poterant, sagen, welche deutlich genug auf die Testamente der väterlichen Ascendenten hinzielen. Denn die übrigen Testamente konnten bekanntlich im Falle der Ausschliessung auf keine andere Art, als durch die querela inofficiosi, umgestossen werden. S. Boock Lehre von der Enterbung §. 29. S. 103.

gleichviel unter welchem Rechtstitel, um gegen die Nullitäts- und Inofficiositäts-Querel derselben gesichert zu seyn. Dies hat nun aber Justinian durch die Nov. 115. Kap. 3. abgeändert, und es den Eltern zur Pflicht gemacht, ihre Kinder als Erben zu bedenken, wenn sie keine Ursache haben, solche als undankbare auszuschliessen. Man unterscheide also nun folgende Fälle.

1) Ein väterlicher Ascendent hat seine Kinder gar nicht bedacht. Auf diesen Fall geht die Nov. 115. gar nicht, sondern hier hat Justinian das alte Recht in den *L.* 30. und 31. *C. h. t.* ausdrücklich bestätiget, nach welchem die sui das Testament als nichtig, die emancipati solches mit der bonorum possessio contra tabulas, und die postumi dasselbe als ruptum anfechten können, und hierin ist durch die Nov. 115. Kap. 3. nichts geändert worden.

2) Die Kinder sind zwar vom Vater im Testament bedacht worden, aber nicht als Erben, sondern der Pflichttheil ist ihnen als ein bloßes Legat hinterlassen worden, ohne sie im Uebrigen ausdrücklich enterbt zu haben. Dieses ist nach der Novelle als eine wahre Präterition anzusehen, allein die alte Querel der Nichtigkeit findet hier nicht mehr Statt, weil sie Justinian schon in diesem Falle durch vorhergehende Gesetze, nämlich *L.* 30. *et* 31. *C. h. t.* aufgehoben hatte. Das Testament kann also nach der Nov. 115. als rechtswidrig angefochten werden, und es tritt hier die in dem neuern Gesetz bestimmte Wirkung ein, nach welcher blos die Erbeinsetzung rescindirt wird, die übrigen Verfügungen des Testaments aber gültig verbleiben.

Hiernächst entsteht

II. die Frage, ob die emancipirten Kinder, wenn sie in dem Testament eines väterlichen Ascendenten

gänz-

gänzlich präterirt, oder nach der Form des ältern Rechts nicht exheredirt worden sind, noch jetzt die *B. P. contra Tab.* nöthig haben? oder ob sie nicht eben sowohl, wie die sui liberi, das väterliche Testament als ungültig anfechten können. Auch dieses ist streitig. Mehrere Rechtsgelehrten [20]) behaupten, der Unterschied zwischen den suis und emancipatis liberis sey in Absicht auf die Mittel das Testament anzufechten nicht aufgehoben, sondern in soweit geblieben, daß die sui praeteriti das Testament als null anfechten, die non sui aber auch noch h. z. T. die B. P. contra tabulas suchen müßten. Allein andere [21]) unterscheiden, ob die non sui das Testament aus dem Grunde anfechten, weil die Vorschrift der Nov. 115. nicht beobachtet worden, oder aus einen Grunde des ältern Rechts. Im erstern Falle sagen sie, sey die B. P. c. T. nicht mehr nöthig, weil das Gesetz zwischen suis und emancipatis keinen Unterschied macht, in dem letztern Falle aber müßten die emancipati praeteriti noch h. z. T. die B. P. c. T. suchen. Endlich giebt es Rechtsgelehrten [22]), welche ohne Unterschied

20) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 76. §. 10. *Ant.* FABER de error. Pragmaticor. Dec. 14. Er. 7. VINNIUS in Comm. ad §. 5. I. de exheredat. lib. HOFACKER Diss de exheredat. et praet. §. 24. MALBLANC Princip. iur. Rom. T. III. §. 695. GAMBSJAEGER cit. Commentat. P. III. §. 8. p. 44. sqq.

21) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 527. Koch in der Bon. possessio §. 8. S. 132. und §. 30. S. 344.

22) *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 5. SARTORIUS cit. Diss. Sect. II. §. 4. HAUBOLD in Diss. de differentiis inter testam. nullum et inoff. Cap. 6. p. 20. WALCH Controv. iur. civ. Sect. II. cap. 4. membr. §. 2. 11. Book Lehre von der Enterbung §. 29. S. 107. folgg. THIBAUT System des Pandectenrechts 2. Th. §. 820.

schied behaupten, daß die B. P. c. T. auch bey den emancipirten Kindern nur utilis sey, und ihnen übrigens ein gleiches Recht, wie den Suis, zustehe, das Testament als nichtig anzufechten, worin sie präterirt worden sind. Diese Meinung verdient ohne Zweifel den Vorzug. Zwar läßt sich nicht behaupten, daß die Nov. 115. Kap. 3. auf diesen Fall gehe, als welche, wie schon gezeigt worden ist, ein solches Testament voraussetzt, welches nach dem ältern Recht nicht hätte angefochten werden können. Allein unstreitig ist es, daß die emancipirten Kinder durch die Nov. 118. C. 1. in Ansehung der Intestaterbfolge den suis gleich gemacht worden sind. Sie haben nun also auch der B. P. nicht mehr nöthig, als welcher sie ehemals nur darum bedurften, weil sie kein Civilintestaterbrecht hatten. Dies war, wie Herr Kanzler Koch [23]) sehr richtig bemerkt hat, der ganz natürliche Grund, warum emancipati zur querela nullitatis nach dem Civilrecht nicht berechtiget waren. Sollen nun also die emancipati den suis in Absicht auf die Intestaterbfolge gleichgehalten werden, so folgt hieraus, daß sie auch in Absicht der Mittel zur Intestaterbfolge zu gelangen, den suis gleichgemacht worden sind, folglich eben so, wie diese, das Testament als nichtig anfechten können, ohne der B. P. c. T. welche sie allenfalls utiliter, wenn sie wollen, dagegen suchen können, weiter benöthiget zu seyn. Diese Meinung ist auch in der Praxis angenommen, denn da ist, wie Höpfner [24]) sagt, von einem Gesuche um B. P. gar keine Rede mehr. Wie aber

III) wenn

23) Bonor. poss. §. 8. S. 175.

24) Commentar §. 527. am Ende S. 599. Eben so LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandectar. lib. XXVIII. Tit. 2. §. 4. REINHARTH in Observ. select. ad *Christinaeum* Vol. IV. Obs. 9.

III. wenn emancipirte Kinder förmlich enterbt sind, es ist auch eine gesetzliche Ursache angeführt, wie die Nov. 115. vorschreibt; ist hier zur Anstellung der querelae inofficiosi testamenti noch jetzt die *B. P. litis ordinandae gratia* erforderlich? Höpfner [25]) will sie noch h. z. T. für nöthig halten, und Thibaut [26]) glaubt, sie sey wenigstens zur Transmission der Querel noch immer wichtig. Andere [27]) hingegen behaupten, daß jene B. P. jetzt als unnütz wegfalle, nachdem die emancipirten Kinder durch die Nov. 118. ein Civilintestaterbrecht bekommen haben, und diese Meinung verdient unstreitig den Vorzug. Denn bekanntlich diente jene B. P. nur dazu, um dem enterbten non suus ein Intestaterbrecht zu verschaffen, und ihn dadurch in die Lage eines sui heredis zu versetzen, damit er nun als solcher die querelam inofficiosi anstellen könne, wozu er sonst kein Recht hatte [28]). Nur in dieser Rücksicht war sie auch dem enterbten Emancipirten zur Transmission der Querel auf die Erben nöthig, denn bey dem enterbten Suus fiel sie weg [29]). Da nun die non sui nach der Nov. 118. ein gleiches Intestaterbrecht haben, so ist schlechterdings nicht zu begreiffen, wozu die B. P. litis ordinandae gratia noch dienen solle.

Daß

25) Commentar §. 529.

26) System des Pandectenrechts 2. Th. §. 820. in der vorigen Ausgabe §. 1032. war die entgegengesetzte Meinung angenommen.

27) HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. pag. 1647. GAMBSJAEGER cit. Comm. P. IV. §. 2. not. 6. pag. 58. und Koch Bonor. poss. §. 30. S. 350. am Ende.

28) S. Webers Anmerk. zu Höpfners Commentar §. 658. Not. 1. S. 715.

29) *L. 7. D. h. t.*

Daß auch die Präparation der Querel, welche die Gesetze zur Transmission derselben erfordern, auf andere Art, als durch das Gesuch jener Art der B. P. geschehen könne, lehren **Ulpian** [30]) und **Paulus** [31]) ganz deutlich [32]). Die allerstreitigste Frage ist nun aber

IV. die, was die Ausschliessung der Kinder und Eltern nach der Nov. 115. für eine Wirkung habe, wenn zwar dieselbe nach dem ältern Rechte auf eine förmliche oder erlaubte Art geschehen ist, allein die Vorschriften des neuern Gesetzes nicht beobachtet worden sind, und also entweder keine gesetzliche oder eine falsche Ursache angeführt worden ist? Findet hier die Querela inofficiosi, oder die Nullitätsklage, oder vielleicht ein drittes ganz neues Rechtsmittel Statt? Hierüber giebt es sehr verschiedene Systeme sowohl unter den ältern als neuern Rechtsgelehrten. Unter den ältern Systemen haben das sogenannte Inofficiositäts-System, und das Nullitäts-System die meisten Anhänger gefunden, so daß man wohl mit Recht sagen kann, ihre Zahl ist Legion.

Soviel 1) das sogenannte Inofficiositätssystem anbetrifft, so bestehet dieses darin, daß wenn die Ausschließung der Kinder oder Eltern nach der alten Form gültig ist, die Querela inofficiosi test. als welche durch die Nov. 115. nicht aufgehoben, sondern nur modificirt worden sey, angestellt werden müsse, ohne Unterschied, die Ausschliessung

30) *L. 6. §. 2. D. h. t.*

31) *L. 7. D. eodem.*

32) Man sehe hier noch Steins Abh. von pflichtwidrigen Testamenten. §. 20. S. 74. und Not. f.

sung sey nach der neuen Form gültig oder ungültig. Die Klage ist daher die nämliche, es sey entweder gar keine, oder keine gesetzliche Ursache angeführt, oder die angeführte sonst gesetzliche Ursache sey falsch. Dieses System hat an Vinnius [33]), Noodt [34]), Schifordegher [35]), Huber [36]), Voet [37]), van de Poll [38]), Alciat [39]), Duaren [40]), Nerius [41]), Fachinäus [42]), Perez [43]), Gudelinus [44]), und unter den neuern besonders an Jos. Finestres [45]), Pufendorf [46]), Majansius [47]), Reinold [48]), Westenberg

33) Comment. ad pr. I. de inoff. test. und in Quaest. iuris select. Lib. II. cap. 21.

34) Comm. ad Pand. h. t. pag. 160.

35) ad *Ant. Fabrum* Lib. I. Tract. XVII. Qu. 1. et 2.

36) Praelect. ad Inst. Tit. de exhered. lib. §. 2.

37) Comm. ad Dig. h. t. §. 23.

38) de exheredat. et praet. §. 22. et 23.

39) Parergor. lib. IV. cap. 9.

40) Comm. ad Tit. D. de inoff. test. cap. 3. in Operib. pag. 174.

41) Analect. Lib. II. cap. 15. (in *Thes. Otton.* Tom. II. p. 418.)

42) Controv. iuris Lib. IV. cap. 9.

43) Praelect. ad Cod. Tit. de lib. praet. n. 13.

44) de iure noviss. lib. II. cap. 4.

45) Praelect. Cervar. ad Tit. Dig. de liber. et postum. P. IV. cap. 3. §. 32.

46) Observat. iur. univ. T. IV. Obs. 76. §. 12. et 13.

47) Diss. de factis contra legem. §. 10. (in EIUS *Dissertat. iur. civ.* T. I. Diss. XI. pag. 209.)

48) Opusc. iurid. pag. 338. seqq.

berg[48]), Jul. Ge. Paul *du* ROI[50]), Joh. Nic. Schedel[51]), Ad. Fried. Reinhard[52]), Malblanc[53]), Hofacker[54]) und Koch[55]), eifrige Vertheidiger gefunden. Dieses System hat nun zwar den allerdings wichtigen Grund für sich, daß der Kaiser sich über den Fall, wenn der Vorschrift seines Gesetzes kein Genüge geschehen, auf eine solche Art erklärt, daß man nur gar zu deutlich daraus siehet, das Testament solle nicht ipso iure nichtig seyn, sondern durch richterliches Urtheil aufgehoben werden. Dies beweisen die in dem griechischen Text gebrauchten Ausdrücke *ἀκυροῦσθαι* und *ἀνατρέπεσθαι*, welche nach dem Urtheile der Sprachkundigen soviel als rescindere, evertere, infirmare bedeuten, und von einem solchen Testament gebraucht werden, welches nicht ipso iure nichtig ist, sondern erst vom Richter aufgehoben werden muß, wie besonders Pufendorf a. a. O. mit vieler Gelehrsamkeit erwiesen hat. Dies erhellet noch mehr daraus, daß die Vermächtnisse ihre Gültigkeit behalten (legatis suam obtinentibus firmitatem), und das Testament in Ansehung derselben als nicht aufgehoben angesehen werden solle (et *tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum*). Dieses System hat ferner für sich,

 daß

49) Dig. Tit. de lib. et postum. §. 10.

50) Diss. not. 1. cit.

51) Diss. de eo, quod circa materiam exheredationis et praeterit. Nov. 115 Cap. 3. mutatum est. *Giessae 1725.*

52) Sammlung jurist. philos. und kritischer Aufsätze. 1. Band 2. St. Nr. 2. S. 73.

53) Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. T. III. §. 697. pag. 849.

54) Hist. iur. civ. de exhered. et praeterit. §. 26.

55) Bonor. possess. §. 8. S. 140.

daß Justinian nirgends sagt, daß die Querel des lieblosen Testaments nun durch seine neue Constitution bey den Kindern und Eltern aufgehoben seyn, und eine neue Klage an deren Stelle treten solle. Man muß also annehmen, er habe die ältere Klage im Sinn gehabt, und diese auch auf die in der Novelle bestimmten Fälle jedoch unter den hier festgesetzten Modificationen erstreckt wissen wollen. Indessen hat dieses System freylich noch manche erhebliche Zweifel gegen sich. Denn man kann dagegen einwenden:

1) die Querela inofficiosi setze ein nach dem strengen Civilrecht gültiges Testament voraus; ist aber bey der Ausschließung der Kinder und Eltern entweder gar keine, oder keine rechtmäsige Ursache ausgedrückt, oder die genannte Ursache falsch, so lasse sich in keinem dieser Fälle annehmen, daß das Testament, da es der buchstäblichen Vorschrift eines neuen Civilrechts geradezu entgegen streitet, dennoch stricto iure gültig sey. Denn eine Handlung, der es an der gehörigen Form fehlt, zerfällt nach bekannten Grundsätzen in sich selbst.

2) Wer die Querela inoff. test. anstellt, gründet sich darauf, er habe die Ausschließung nicht verdient; ist nun aber die Vorschrift der Novelle nicht beobachtet, so kommt nichts darauf an, ob der Enterbte die Enterbung verdient habe oder nicht. Es wird also der Kläger doch gewinnen, wenn er auch die Enterbung wirklich verdienet hätte.

3) Man kann es auch nicht gerade für eine pflichtwidrige Handlung erklären, wenn der Testirer die Ursache der Enterbung nicht angeführt hat, er kann die Ursach aus Unachtsamkeit oder aus Schonung des Enterbten nicht mit angeführt haben. Wäre nun in dem Gesetz die Quere-

la inofficiosi gemeint, so müßte es genug seyn, daß der Testirer eine rechtmäßige Ursache gehabt, deren Wahrheit der Erbe beweisen kann, um den Kläger abzuweisen; allein das Gesetz hält dieses nicht für genug, sondern sagt: *nisi forte ingrati probentur, et parentes ipsas ingratitudinis causas nominatim in testamento suo scripserint.* Wenn nun gleich

4) sich allerdings annehmen läßt, daß eine ältere Klage auch die neuen Bestimmungen der Civilgesetze mit ergreife, wenn die Natur jener Klage auf dergleichen neuere Vorschriften paßt, und denselben nicht widerspricht; so lasse sich doch hier, wo die Nichtbeobachtung des neuern Gesetzes (Nov. 115.) gerade das Gegentheil von dem mit sich bringt, was jene ältere Klage, welche nach dem Inofficiositäts-System voraus gesetzt wird, wesentlich erfordert, die Schlußfolge nicht rechtfertigen, auf welche jenes System gebaut ist.

2) Nach dem Nullitätssystem unterscheidet man, wenn Kinder oder Eltern auf eine erlaubte Art übergangen, oder rite enterbt sind, so daß die Ausschließung nach der alten Form gültig ist; so ist entweder eine gesetzliche Ursach angeführt oder nicht, in dem letztern Falle sey das Testament nach dem neuern Rechte nichtig, und es habe die *Querela nullitatis iuris novi* statt. In dem erstern Falle aber sey das Testament, wofern die angeführte Ursache falsch ist, für pflichtwidrig zu halten, und es müsse die *Querela inofficiosi* angestellet werden. Dieses System, welches auch unser Verf. angenommen, vertheidigen besonders Struv [56]), Schilter [57]), Faber [58]), Berger [59]), Stryk [60]), Cocceji

56) Synt. iur. civ. Ex X. Th. 15. und Ex. XXXII. Th. 32.

57) Praxi iur. Rom. Ex. XIV. §. 46. u. Ex. XXXVIII. §. 54.

58) de Errorib. Pragmat. Dec. XIV. Err. 7.

cesi [61]), Bauer [62]), Westphal [63]), Walch [64]), Haubold [65]), Gebr. Overbeck [66]), Emminghaus [67]), Madihn [68]) u. a. m. Beyden Klagen wird nun zwar die nämliche Wirkung zugeschrieben, daß sie nämlich nicht das ganze Testament umstoßen, sondern nur die Erbeinsetzung entkräften, übrigens aber seyen sie doch in Hinsicht der Verjährungszeit, des Ueberganges auf die Erben und sonst sehr unterschieden. Allein auch diesem System steht der wichtige Einwurf entgegen, daß nach der Nov. 115. in Hinsicht der Wirkung unter beyden Fällen, ob gar keine oder keine rechtmäßige Ursache angeführt ist, oder ob die angeführte rechtmäßige Ursache nicht erwiesen werden kann, gar kein Unterschied gemacht ist, sondern beyde Fälle an dem nämlichen Platze, wo ihre Entscheidung steht, mit einander verknüpft vorgetragen sind. Also die Klage, welche nach der Intention des Gesetzgebers in dem einen Falle Statt findet, die muß auch in dem andern Platz greifen. Nun hat der Gesetzgeber keine neue Klagen genannt, es können also keine angenommen werden, sondern man muß glauben, der

59) Oecon. iur. lib. II. Tit. 4. Th. 14. not. 2.

60) Uf. mod. Pand. h. t. §. 4.

61) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

62) Diff. de eo, quod iustum est circa formam exheredat. §. 13.

63) Theorie des R. R. von Testamenten §. 548. u. 559.

64) Controv. iur. civ. Sect. II. cap. 4. memb. 2. §. 20.

65) Diff. de differ. inter test. nullum et inoff. cap. 7.

66) Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, 3. Band Medit. 114.

67) ad *Coccejum* c. l. not. e. pag. 442.

68) Princip. iur. Rom. de success. §. 141.

der Gesetzgeber habe es bey der schon bekannten Klage wollen bewenden lassen [69]). Daß auch dann, wenn die Exheredation oder Präterition ohne Anführung einer gesetzmäßigen Ursache geschehen ist, nicht die Nullitätsklage, sondern die querela inoff. Statt finde, erhellet schon daraus, weil es an sich gar nicht passend ist, daß durch einen und denselben im Gesetz gebrauchten Ausdruck (testamento evacuato) ein zu rescindirendes und ein an sich nichtiges Testament bezeichnet werden könne.

Unter den neuern Systemen, welche über die Nov. 115. und deren Verhältniß zu den ältern Rechten zum Vorschein gekommen sind, und welche hier nicht zu übergehen sind, verdient zuerst die von dem Geh. Rath Schneidt zu Würzburg [70]) vertheidigte Lehre eine vorzügliche Erwähnung. Sie besteht nämlich darin, daß bey der Ausschliessung der Kinder und Eltern nach der Nov. 115. die Querela inoff. ganz wegfalle, und an deren Stelle eine neue in ihren wesentlichen Eigenschaften von jener Querel ganz verschiedene Klage (*Condictio ex lege*) getreten sey. Die alte Querel, sagt er, könne darum nicht mehr zur Anwendung kommen, weil der Grund und die Wirkung, welche dem neuen Rechtsmittel in der Nov. 115. beygelegt ist, gar nicht mehr auf sie paßt. Denn der Grund der neuen Klage beruhe nicht mehr, wie bey der alten Querel, in einem Vorwande, als ob der Testirer nicht recht bey Verstande gewesen, weshalb das Testament vermittelst derselben ganz zu Grunde gieng,

 son-

69) Koch Bon. poss. §. 8. S. 141.

70) Diss. de querela inofficiosi inter parentes et liberos exule. *Wirceb. 1778.* und Desselben Iurisprud. for. in ord. systemat. redact. et supplet. Tom. I. §. 642. (*Wirceb. 1802. 8.*)

sondern vielmehr darin, daß die Vorschrift des neuen Gesetzes nicht beobachtet worden sey. Daher werde durch die neue Klage das Testament nur in Absicht auf die Erbeneinsetzung aufgehoben. Da also durch die Novelle 115. der Hauptgrund und die Hauptwirkung der alten Querel aufgehoben worden, so könne es nicht mehr die alte Querel, sondern es müße eine neue Klage seyn, deren sich nunmehr Kinder und Eltern bedienen müßten, wenn sie gegen die Vorschrift der Novelle ausgeschlossen worden, und diese könne keine andere, als die *Condictio ex Novella* 115. seyn [71]. Diese neue Klage sey denn nun auch nicht auf die kurze Dauer von 5 Jahren beschränkt, weil Condictionen erst durch eine dreyßigjährige Präscription erlöschen. Sie gehe ferner auf die Erben über, wenn sie gleich von dem verstorbenen Notherben nicht präparirt worden, u. dgl.

Allein

71) Die Worte, welche das Hauptargument enthalten, lauten in der angeführten Diss. §. 19. so: *Si alicuius actionis aut legis ratio fundamentalis simul et effectus principalis deficit, certum est, et legem et actionem cessare, praecipue si alia magis utilis substituatur, et prior concessa tantum sit actio subsidiaria. Iam post Nov. 115. c. 3 et 4. cessat fundamentalis furoris ratio, utpote restricta testandi facultate non amplius necessaria. Cessat principalis huius furoris, et inde natae querelae effectus, infirmatio scilicet integri testamenti, et actio nova, seu condictio ex Nov. 115. est data, quae certe utilior est priori, cum per eam voluntas testatoris, in quantum impia non est, conservetur, neque alii legatarii, qui revera innocentes sunt, per talem testamenti partialem rescissionem laeduntur, sed solummodo illi, qui contra pietatem laesus est, subvenitur, et tantum extraneo instituto impietatem causanti hereditas adimitur; ex quo pleno fluere alveo videtur, quod querelae inofficiosi, utpote subsidiariae, post Novellam locus amplius esse haud possit.*

Allein gegen diese Meinung hat schon Herr Kanzler Koch [72]) erinnert, daß eine Condictio ex lege keine Real, sondern nur eine Personalklage sey [73]), die neue Klage aber doch immer eine Art der Erbschaftsklage, folglich eine Realklage, seyn müßte. Sodann was den Hauptgrund jener Meinung anbetrift, daß wegen des nun wegfallenden ehemaligen Grundes eines rechtlich angenommenen Wahnsinnes auf Seiten des Erblassers, so wie wegen der veränderten Wirkung, die Klage nicht mehr die alte Querel seyn könne, sondern ein neu eingeführtes Rechtsmittel angenommen werden müßte, so scheint die daraus abgeleitete Folge den Grundsätzen einer ächten logischen Interpretation des Röm. Rechts nicht gemäß zu seyn, wenn man erwägt, daß es in dem Röm. Rechte gar nichts Seltenes ist, daß ein Gesetz seine Gültigkeit behaupte, wenn gleich die Gründe, worauf dasselbe ursprünglich beruhete, in der Folge ganz wegfielen. Voorda [74]) und Weber [75]) haben davon genug Beyspiele aufgestellt. **Justinian** konnte also den Grund und die Wirkung der Klage ändern, ohne die Klage selbst abzuschaffen, wovon er nichts sagt. Vielmehr lehren die Ausdrücke *rescisso testamento*, *evacuato testamento*, welche der querela inofficiosi eigen sind [76]), das Gegentheil,

 und

72) S. Kochs Bonor. poss. §. 8. S. 148.

73) *§. 15. I. de action. L. un. D. de condict. ex lege.*

74) Interpretat. et Emendat. iur. civ. Lib. I. cap. 1.

75) Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung Nr. I. §. 16. u. 17. S. 55 folgg. Man vergleiche auch Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts §. 15. und den 1. Th. dieses Commentars §. 58. S. 363. folgg.

76) *L. 17. D. L. 28. C. h. t.*

und geben zu erkennen, daß der Kaiser hier ein nach der Strenge des Rechts gültiges Testament voraussetze. Wer sollte auch glauben, daß Justinian nach seiner bekannten Denkungsart soviele Gesetze im Codex und den Pandecten, die von der Querel handeln, auf einmahl aufgehoben haben sollte, ohne auch nur mit einer Sylbe etwas davon zu gedenken? da derselbe doch sonst immer das ältere Recht, was er abändern oder aufheben wollte, ausdrücklich anzuführen pflegt [77]. Herr Geh. Rath Schneidt glaubt zwar, Justinian habe es deutlich genug gesagt, daß die alte Querel solle aufgehoben seyn. Denn am Ende des 4. Kap. der 115. Novelle heiße es ja ausdrücklich: Si quid autem pro legatis vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus et *quibuslibet aliis capitulis*, in aliis legibus inventum fuerit, *huic constitutioni contrarium*, hoc nullo modo volumus obtinere. Allein wenn man die Worte *quibuslibet aliis capitulis* auch nicht von den übrigen Anhängen des Testaments, z. B. von der Pupillar-Substitution, verstehen will, wie doch eigentlich der Zusammenhang mit sich bringt, so läßt sich daraus noch keine gänzliche Aufhebung der Inofficiositätsklage bey Kindern und Eltern erweisen, indem vielmehr diese Worte dahin gehen, daß die ältern Gesetze soweit, als sie dieser neuern Vorschrift entgegen streiten, hierdurch aufgehoben seyn sollen, z. B. daß nun den Kindern und Eltern nach diesem Gesetz der ihnen gebührende Pflichttheil nicht mehr, wie noch nach den vorhergehenden Verordnungen des Kaisers Justinian selbst geschehen konnte, als ein bloßes Legat hinterlassen,

son-

77) Man vergleiche hier die Bemerkung S. 13. Not. 55. dieses 7. Bandes.

sondern auch schon deshalb das Testament als rechtswidrig angefochten werden kann, wo noch kurz vorher der Kaiser dem Notherben die Querel ausdrücklich abgesprochen hatte [78]).

Gleichwohl hat dieses Schneidtische System bey mehreren neuern Rechtsgelehrten [79]) Beyfall gefunden, welche es nur darin zu verbessern gesucht haben, daß sie die neue durch die Nov. 115. vermeintlich eingeführte Klage nicht condictio ex Novella sondern die *Querela nullitatis iuris novi*, oder eine qualificirte Erbschaftsklage genennt haben wollen, welche Meinung man also das verbesserte Schneidtische System nennen könnte.

Ausser dem Schneidtischen System zeichnet sich in seiner Art das neue System des Prof. Woltär [80]) zu Halle noch vorzüglich aus, dessen auch kürzlich zu gedenken ist. Woltär unterscheidet zwey Fälle: a) wenn die Ausschließung der in der Nov. 115. bestimmten nothwendigen Erben ohne Anführung einer gesetzmäßigen Ur-

sach.

78) Man erinnere sich hier an die *L.* 30. *C. h. t.* Das Schneidtische System hat ausführlich geprüft und widerlegt *F. Wilh.* GAMBSJAEGER in Diss. de testamento in Sp. inofficioso etc. P. IV. §. 2. Not. 3. pag. 54. seqq.

79) S. THIBAUT System des Pandect. R. 2. B. §. 819. S. 234. Vool Lehre von der Enterbung §. 28 — 31. Weber zu Höpfners Commentar §. 525. Not. 2. S. 596. Neu ist übrigens diese Meinung gar nicht. Wir finden sie gerade so mit allen von Schneidt angeführten Gründen bey BALCKE lib. II. Elector. cap. 7. und *Alex. Arn.* PAGENSTECHER in Irnerio iniuria vapulante Coit. XXI. §. 14. et Coit. XXX. §. 4. et 5.

80) Observat. iuris civ. et Brandenb. Fascic. II. Obs. 27.

sach geschehen ist. Hier hält er das Testament seinem ganzen Inhalt nach für null. b) Ist aber eine gesetzmäßige Ursache angeführt, so findet nach seiner Lehre *Querela inoff. testam. iuris novi* Statt, wenn der eingesetzte Erbe die Wahrheit der angeführten Ursach nicht erweisen kann. Dabey aber bleibe die Erbfolge doch testamentarisch. Der Ausgeschlossene trete gleichsam als Substitut an die Stelle des eingesetzten Erben, bekomme aber zu seinem Erbtheile, was er ab intestato erhalten haben würde, und müße im Uebrigen die Verordnungen des Testaments an Vermächtnissen und so weiter gelten lassen. Allein dieses System steht mit den klaren Worten der Novelle in einem so offenbaren Widerspruche, daß es unter allen am wenigsten auf Beyfall rechnen kann. Herr Kanzler **Koch** [81]) hat es zum Ueberfluß schon näher geprüft.

Zuletzt verdient noch eine sogenannte Mittelmeinung **Höpfners** [82]) bemerkt zu werden. Er legt nämlich überhaupt das zweyte oder sogenannte Nullitäts-System zum Grunde, modificirt es aber darin, daß a) wo keine gesetzliche Ursache im Testament steht, zwar *Querela nullitatis* Statt finde, daß aber b) das Testament doch blos in Rücksicht des Enterbten null sey; daß also c) auch durch ein solches blos nach der 115. Novelle nichtiges Testament ein vorhergegangenes Testament nicht rumpirt werde; daß d) die *Querela nullitatis ex iure novo* nur 5 Jahre daure, und nicht auf die Erben gehe, wenn sie nicht vorbereitet ist. Allein nicht zu gedenken, daß diese Meinung andern bekannten Grundsätzen des Rechts widerspricht,

81) Bon. poss. §. 8. S. 150. folgg.

82) Commentar über die Institut. §. 525. Not. 2. S. 596.

spricht, indem nach dem Civilrecht ein nichtiges Testament nicht allein in Absicht auf den Notherben, sondern auch, falls derselbe vor dem Testirer versterben sollte, in Absicht aller Civilintestaterben null und nichtig ist [83]); so wird auch durch diese Mittelmeinung die vom **Höpfner** angenommene neue Klage zu einem Mitteldinge zwischen der Nullitäts- und Inofficiositätsklage gebildet, woran sicher **Justinian** nicht gedacht hat. Sehr ausführlich hat sich Herr Kanzler **Koch** [84]) auch gegen diese Meinung erklärt.

Auf solche Art sind nun freylich alle bisher vorgetragene Systeme noch vielem Zweifel unterworffen. Doch scheint mir noch immer das Inofficiositätssystem den Vorzug zu verdienen. Denn es findet sich in der ganzen Nov. 115. keine Spur, daß **Justinian** die Inofficiositätsklage bey der Ausschließung der Kinder und Eltern habe aufheben, und statt derselben ein neues Rechtsmittel einführen wollen. Nun ist zwar der Einwurff gar nicht unerheblich, daß ein Testament, welches nicht nach der Vorschrift des Gesetzes errichtet worden, an sich nichtig sey, die Inofficiositätsklage aber ein nach dem strengen Recht gültiges Testament voraussetze. Allein es ist noch die Frage, ob die Anführung einer gesetzmäßigen Ursache bey der Ausschließung der Kinder und Eltern dergestalt zur Form der Enterbung vorgeschrieben sey, daß ohne dieselbe das Testament nun schon an sich und ipso iure nicht bestehen könne. Daran glaube ich nun nach der ganzen Absicht und Faßung der Novelle mit Grunde zweifeln zu können. Denn die Absicht des Kaisers war nicht, durch

83) *Pr. I. de Exheredat. liber. L. 7. L. 30. L. 32. D. de liber. et postum. L. 4. C. de liber. praeterit.*

84) Bonor. possess. S. 429. folgg.

durch die Nov. 115. eine neue Form der Ausschließung bey Kindern und Eltern einzuführen, sondern nur die Enterbungsursachen, welche vor seinen Zeiten ungewiß, und meist der Willkühr der Centumviralrichter überlassen waren, zu bestimmen, und dieselben durch ein immerwährendes Gesetz zur Gewißheit zu bringen [85]). Nun sagt zwar Justinian im Anfang des 3. und 4. Kap. der 115. Novelle: wenn Eltern ihre Kinder oder Kinder ihre Eltern enterben oder präteriren wollen, so solle ihnen solches anders nicht erlaubt seyn, als wenn sie eine rechtmäsige Ursache im Testament anführten, deren Wahrheit von dem eingesetzten Erben erwiesen werden kann. Allein diese Anführung einer rechtmäsigen Ursache erfordert Justinian nicht darum, damit das Testament an sich bestehe, sondern damit das Testament gegen alle Anfechtung gesichert sey [86]). Sie gehört also nur zur Rechtmäßigkeit der Ausschließung, aber nicht zur Form derselben, welche blos nach dem ältern Rechte zu beurtheilen ist [87]). Denn der Hauptzweck des Gesetzgebers gieng eigentlich nur dahin, die Kinder und Eltern gegen das Unrecht der Enterbung zu schützen, dem sie nach dem ältern Rechte bey der Ungewißheit der Enterbungsursachen ausgesetzt waren, wie Justi-

85) Dieses beweisen die Worte der Nov. 115. Kap. 3. ganz deutlich, wo Justinian sagt: *Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diversis legibus dispersas, et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis visae sunt ad ingratitudinem, — ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim praesenti lege comprehendere.*

86) *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Dig. de liberis et postum. P. IV. cap. 3. §. 32.

87) Man s. vorzüglich *du* ROI Diss. de testamento ob exheredationem sine elogio factam non ipso iure nullo §. 10.

Justinian sich darüber selbst sehr deutlich erklärt hat, wenn er Kap. 5. der Nov. 115. sagt: *Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum iniuria liberos reddamus.* Diesem Unrecht glaubte sich nun der Gesetzgeber dadurch am kräftigsten entgegen setzen zu können, wenn er gewisse Enterbungsursachen bestimmte, und dabey verordnete, daß eine oder etliche, deren Wahrheit der eingesetzte Erbe zu erweisen vermöchte, im Testament beygefügt werden sollten. Daß nun aber, wenn dieses nicht beobachtet worden, das Testament deswegen nicht schon an sich ungültig sey, erhellet daraus, weil der Gesetzgeber ausdrücklich sagt, das Testament solle nur blos in Absicht auf die Erbeinsetzung rescindirt werden, übrigens aber gültig bleiben, et tanquam in hoc *non rescissum* obtineat testamentum. Wie läßt sich bey dieser Fassung der Worte hier von der *L. 5. C. de Leg.* Gebrauch machen, in welcher es heißt: Ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia sed *pro infectis* etiam habeantur? Das Testament, welches mit der Vorschrift der Novelle nicht übereinstimmt, müßte ja für nicht errichtet gehalten werden! Wie konnte nun Justinian, ohne Ungereimtheit, sagen, es soll in Absicht auf die Vermächtnisse als nicht rescindirt angesehen werden? Der wichtigste Grund, welcher dem Inofficiositätssystem entgegen gesetzt wird, ist jedoch unstreitig der, wenn man sagt, daß die ganze Vorschrift der Novelle 115. gar nicht mehr auf die Querela inofficiosi passe. Denn das Wesen dieser Querel bestehe darin, daß der Kläger behauptet, er habe die Enterbung nicht verdient. Ist nun aber die Vorschrift der Novelle nicht beobachtet, und das Testament wird aus diesem Grunde angefochten, so komme gar nichts darauf an, ob

der

der Enterbte die Enterbung verdient habe, oder nicht. Gesetzt also auch, der Erbe könnte in dem Falle, da die Ausschließung eines Kindes ohne Anführung einer rechtmäßigen Ursache geschehen ist, beweisen, daß eine gerechte Ursache vorhanden sey, so wird er nach der Vorschrift der Novelle 115. mit diesem Beweiß nichts ausrichten, mit welchem doch der Beklagte gegen die querela inofficiosi testamenti Gehör finden müßte.

Allein man stelle sich nur die Sache aus ihrem wahren Gesichtspunkte vor, so wird auch dieser Einwurf leicht zu widerlegen seyn. Der Gesetzgeber geht von dem Grundsatz aus, die Enterbung, so wie die Präterition, ist eine Beleidigung des Notherben, der ein gegründetes Recht auf den Pflichttheil hat [88]). Auffallend ist dieses Unrecht, wenn Eltern

88) In den Gesetzen wird die Enterbung ausdrücklich eine *Iniuria* genannt; so nennt sie Papinian *L. 8. pr. D. h. t.* und Cajus sagt *L. 4. D. eodem:* Non consentiendum est parentibus, qui *injuriam* adversus liberos suos testamento inducunt. Tryphonin nennt sie *L. 22. D. eod.* eine *Indignatio.* Man hielt daher die Ausschliessung im Testament für eben so schimpflich, als es im Gegentheil für ehrenvoll gehalten wurde, im Testament zum Erben eingesetzt zu seyn; *L. 3. §. 2. D. de legat. praestand. c. T. bon. poss. petita. L. 52. §. 2. D. de iudic. L. 1. C. de B. P. contra tab.* CICERO *pro Quinctio* c. 4. *pro Caecinna* c. 4. QUINCTILIAN. *Declamat.* 332. SENECA *Declamat.* Lib. II. dec. 7. Daher werden die Erben immer *honorati* genennt. Man vergleiche *Barn.* BRISSONII selectar. ex iure civ. Antiquitat. lib. IV. cap. 19. *Ev.* OTTONIS Papinianus Cap. VI. §. 2. *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. I. cap. 19. *Henr. Io.* ARNTZENII Specim. Observation. (*Leovardiae* 1761. 8.) cap. 5. und *Car. Frid.* ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumv. lib. II. cap. 6. not. c. pag. 148.

Eltern ihre Kinder, und Kinder ihre Eltern ohne rechtmäßigen Grund ausschließen, da die erstern schon durch die Stimme der Natur, als durch ein stillschweigendes Gesetz, aufgefordert werden, die Erbschaft vor allen andern ihren Kindern, letzteren aber das Gesetz der Dankbarkeit für das Geschenk des Lebens und die Wohlthat der Erziehung die Pflicht auflegt, ihr Vermögen den Eltern aus Liebe zu hinterlassen, wenn sie turbato mortalitatis ordine vor denselben sterben [89]) Gegen dieses Unrecht will nun der Gesetzgeber die Kinder und Eltern schützen. Haec vero disposuimus, sagt er ausdrücklich Kap. 5. ut tam parentes, quam liberos *a testamentorum iniuria* liberemus. Es soll daher die Enterbung oder Präterition der Kinder und Eltern nur dann für gerecht gehalten, und das Testament nicht angefochten werden können, wenn nicht nur eine rechtmäßige Ursache vorhanden, sondern auch dieselbe im Testament namentlich

89) Paulus sagt *L. 7. D. de bonis damnator.* Ratio naturalis quasi *lex* quaedam *tacita*, liberis parentum hereditatem addicit; und von den Eltern sagt Papinian *L. 15. D. de inoff. testam.* Etsi parentibus non debeatur filiorum hereditas propter votum parentum, et naturalem erga filios charitatem: turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus, quam liberis, pie relinqui debet. An einem andern Orte *L. 7. §. 1. D. Si tabulae testam. nullae* stellt eben dieser Papinian folgende Vergleichung an. Non sic *parentibus* liberorum, ut *liberis* parentum debetur hereditas. Parentes ad bona liberorum *ratio miserationis* admittit, liberos *naturae simul* et *parentum commune* votum. Man vergleiche über diese Stellen *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. T. II. *Operum.* pag. 161. und *Ev.* OTTO in Papiniano Cap. 10. §. 2. pag. 247. seqq. (edit. *Bremens.* 1743. 8.)

lich angeführt worden ist. Ist dieses nicht geschehen, so ist die Ausschließung für ungerecht und unbillig zu halten, und das Testament kann angefochten werden, wenn gleich der eingesetzte Erbe beweisen könnte, daß der Testirer eine rechtmäßige Ursache zur Enterbung gehabt habe. Denn eben dadurch, daß diese Ursache im Testament nicht angeführt worden ist, wird die Ausschließung, wenn sie auch übrigens mit dem besten Recht hätte geschehen können, doch nun ungerecht und pflichtwidrig. Betrachtet man die Sache von dieser Seite, so sehe ich nicht wohl ein, warum dieser Fall nicht zur Inofficiositätsklage geeignet seyn sollte, deren Wesen, wie Justinian [90]) sagt, darin besteht, daß der Kläger behauptet, er sey gegen Recht und Billigkeit enterbt oder präterirt worden. Die Vertheidiger des Nullitätssystems räumen selbst ein, daß die Querel des pflichtwidrigen Testaments nach der Nov. 115. alsdann begründet sey, wenn eine rechtmäßige Ursache angeführt worden, welche aber der Wahrheit nicht gemäß ist. Nun macht das Gesetz zwischen beiden Fällen, ob eine Ursache angeführt worden, oder nicht, keinen Unterschied, sondern das Testament soll in dem einen Falle eben so, wie in dem andern rescindirt werden, also muß auch in dem einen Falle sowohl, wie in dem andern die querela inofficiosi Statt finden, weil nirgends gesagt ist, daß diese Klage aufgehoben seyn solle, und auch keine neue eingeführt worden ist. Es ergiebt sich hieraus, daß, wenn gleich durch die Nov. 115. die Inofficiositätsklage in Rücksicht ihrer Wirkung bey den Kindern und Eltern modificirt worden ist, so ist ihr doch übrigens ein größerer Wirkungskreis angewiesen, indem sie nun in manchen Fällen mit glücklichem Erfolg angestellt werden kann,

wo

90) *Princ. I. h. t.*

wo sie ehedem nicht Statt hatte. Denn nach dem ältern Rechte brauchte sich kein Testirer darüber zu erklären, warum er seine Notherben exheredirt habe, sondern das Testament blieb gültig, wenn nur der Erbe beweisen konnte, daß der Enterbte eine gegründete Veranlassung zu seiner Ausschliessung gegeben hatte. Allein nun ist die Querel bey Kindern und Eltern begründet, wenn keine Ursache angeführt worden, gesetzt auch daß eine noch so wichtige Ursache zur Enterbung vorhanden wäre. Ferner, so fiel ehedem die Querel weg, wenn dem Notherben der ihm gebührende Pflichttheil hinterlassen worden, es mochte erbeinsetzungsweise, oder unter einem singulären Titel geschehen seyn. Allein nach der Nov. 115. kann das Testament als pflichtwidrig angefochten werden, wenn den Kindern oder Eltern der Pflichttheil, ohne die verdiente Ehre der Erbeinsetzung, hinterlassen worden ist. Dahingegen ist der Gebrauch der Inofficiositätsklage auf der andern Seite wieder durch die Novelle 115. in so weit beschränkt worden, daß wenn es vorhin fast ganz dem Gutachten des Richters überlassen war, ob er ein Testament für pflichtwidrig erkennen wollte, oder nicht, derselbe nunmehr nach dem neuern Gesetz an bestimmte Thatsachen gebunden ist, in Ansehung deren keine ausdehnende Erklärung Statt findet.

Das Resultat von diesem allen besteht nun darin. Sind Notherben nicht instituirt, so sind sie entweder präterirt, oder enterbt worden.

I) Sind sie präterirt, so ist es entweder

1) in dem Testament eines väterlichen Ascendenten geschehen; und dann sind sie entweder

a) ganz mit Stillschweigen übergangen.

Hier können die zur Zeit des Testaments schon gebohrnen Descendenten das Testament als von Anfang an **nichtig**, die Postumi aber als ruptum anfechten. Sie können sich auch, wenn sie wollen, der *Bon. possessio contra tabulas* bedienen. Oder

b) der Pflichttheil ist den Kindern zwar hinterlassen, aber nicht auf eine solche Art, wie es billig hätte geschehen sollen, er ist ihnen, ohne sie zu Erben einzusetzen, blos **als ein Legat** hinterlassen worden.

Hier kann das Testament nach der Nov. 115. als inofficiosum angefochten werden. Denn die Präterition ist in diesem Falle einer pflichtwidrigen Exheredation gleich zu achten.

2) Ist die Präterition der Notherben nicht von einem väterlichen Ascendenten, sondern von einem andern Testirer geschehen, so hat sie die Wirkung der Exheredation.

II) Sind die Notherben **exheredirt**, so ist die Enterbung entweder

a) nach der **Form des ältern Rechts** ungültig.

Hier macht sie blos das Testament eines väterlichen Ascendenten nichtig. Denn sie wird einer Präterition gleich geachtet. Oder

b) die Enterbung ist nach dem ältern Rechte **gültig**. Hier ist wieder zu unterscheiden, ob die Ausschließung aus einer gerechten und wahren Ursache geschehen ist, oder nicht. Im ersten Falle findet gar keine Klage Statt. Im leztern Falle aber kann das Testament als **pflichtwidrg** angefochten werden, und zwar

1) von **Kindern** und **Eltern**, wenn ihre Ausschließung entweder ohne Anführung einer in der Nov. 115. be-

bestimmten Ursache geschehen, oder die angeführte Ursache zwar eine in diesem neueren Gesetz gebilligte ist, deren Wahrheit aber von dem eingesetzten Erben nicht erwiesen werden kann, jedoch nur in Absicht auf die Erbeneinsetzung. Alle übrige Verordnungen in dem Testament bleiben gültig.

2) Von Geschwistern hingegen, wenn ihnen eine schändliche oder verächtliche Person ist vorgezogen worden. Die Rechtmäßigkeit der Ursache ihrer Ausschließung ist jedoch, da es hier an einer gesetzlichen Bestimmung fehlt, der Beurtheilung des Richters zu überlassen. Die Querel fällt auch bey denselben ganz weg, wenn ihnen auf jenen Fall der Pflichttheil unter irgend einem Titel, es sey auf den Todesfall oder unter den Lebendigen, ist zugewendet worden. Die ihnen zustehende Inofficiositätsklage ist übrigens ganz die alte, wie sie vor der Novelle 115. beschaffen war.

Nach dieser Darstellung wäre nun also ein *testamentum inofficiosum*, ein pflichtwidriges Testament, ein solches, welches zwar in Absicht auf die Form an sich nicht ungültig ist, aber doch aus dem Grunde angefochten werden kann, weil einem Notherben der ihm gebührende Pflichttheil entweder auf eine rechtswidrige Art durch gänzliche Ausschließung entzogen, oder wenigstens nicht auf die Art hinterlassen worden ist, wie es das Gesetz dem Erblasser zur Pflicht machte [91]).

91) Westphal von Testamenten §. 1006. sagt: „Ein unbilliges, pflichtwidriges Testament ist dasjenige, worin die, welchen man den Pflichttheil schuldig war, auf eine solche Art davon ausgeschlossen worden sind, daß zwar wider die Form des Testaments nichts einzuwenden ist, aber dennoch der Erblasser die Beschuldigung verdient, daß er ohne rechtmäßige

§. 552.

Verschiedene Art ein Testament, als pflichtwidrig, anzufechten. Begriff der *Querelae inoff. testamenti*. Natur derselben.

Das Rechtsmittel wider ein pflichtwidriges Testament ist nun die *Querela inofficiósi testamenti*, deren eigenthümliche Natur und Wirkungen ich jetzt noch näher erklären will. Um den Begriff dieses Rechtsmittels richtiger, als es gewöhnlich, und insonderheit auch hier von unserm Verfasser [92]), geschieht, zu bestimmen, muß ich vor allen Dingen bemer-

mäßige Ursache die Ausschliessung vorgenommen habe." HALBOLD hingegen in Diss. de different. inter testamentum nullum et inofficiosum Cap. 2. pag. 7. bestimmt den Begriff dahin: *Testamentum inofficiosum* est id, in quo aut liberi *ex iusta sed falsa causa a patre* exheredati, aut liberi nepotesve a *matre* vel *avo materno*, parentes item a *liberis*, ac fratres et sorores a *fratribus* et *sororibus* turpi persona instituta, *ex causa iniusta* vel *falsa* exheredati vel omnino praeteriti sunt. Daß es diesen Begriffen an richtiger Bestimmung fehlt, ist schon in Steins Versuche einer theor. pr. Abhandlung über die Lehre des R. R. von pflichtwidrigen Testamenten §. 7. gezeigt worden. Die meisten Rechtsgelehrten stimmen jedoch darin überein, daß ein *Testamentum inofficiosum* ein solches zu nennen sey, in quo personae, quibus ex defuncti hereditate debetur legitima, *rite* quidem, sed *inique* et contra officium pietatis exclusae sunt. So HOFACKER in Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1692. REUTER in Diss. de effectu querelae inoff. testamenti iuxta ord. edicti successorii institutae intuitu non querentis §. 20. Nur darin gehen sie freylich von einander ab, wenn gefragt wird, wann eine Ausschließung *rite* und wenn sie *inique* geschehen ist.

92) Hellfeld sagt: QUERELA INOFFICIOSI est *actio competens heredibus necessariis ex iusta quidem, ast falsa causa exheredatis,*

bemerken, daß ein Testament auf dreyerley Art, als pflichtwidrig, angefochten werden kann, nämlich entweder durch eine Exception, oder durch eine Klage, oder durch eine Replic[93]. Man unterscheide folgende Fälle. Der ausgeschlossene Notherbe ist entweder in dem Besitz der Erbschaft, oder nicht. In dem erstern Falle kann er seine Beschwerde gegen das Testament als eine Einrede vorbringen, wenn ihn der eingesetzte Erbe mit der Erbschaftsklage belangt. Hier wird die Querel Präjudiz für die von dem geschriebenen Erben erhobene hereditatis petitio, und sie ist, wie die Klage, auf die Rescission des pflichtwidrigen Testaments zu richten. Denn das rechtsgültige Testament muß zuvor aufgehoben seyn, ehe der Kläger abgewiesen werden kann[94]. Hierher gehört, wenn Ulpian[95]) sagt: Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis;

 scri-

tis, contra heredem in testamento scriptum, ad id, ut testamentum quoad formam recte conditum rescindatur, sibique hereditas ab intestato concedatur.

93) S. *Bern. Henr.* REINOLDI Diss. de caussis, in quibus etiam nunc Querela I. T. est necessaria. §. IV. in *Opuscul.* pag. 342.

94) Die Einrede, daß das Testament, worauf der Erbe seine Klage gegründet hat, pflichtwidrig, und als ein solches zu rescindiren sey, ist also eine exceptio praeiudicialis, welche die Wirkung hat, daß das Urtheil, ob dem Kläger die Erbschaft nach dem Testament zuzuerkennen sey, so lange suspendirt bleiben muß, bis über die Einrede des pflichtwidrigen Testaments erkannt worden. S. *Iac.* RAEVARDUS de Praeiudiciis Lib. I. cap. 11. und besonders *Iust. Henn.* BOEHMERI Diss. de exceptione praeiudiciali Cap. I. §. 11. seqq.

95) *L.* 8. §. 13. *D. h. t.*

scriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero *in modum contradictionis querelam inducat;* quemadmodum *ageret*, si non possideret, sed peteret, wo die letzteren Worte offenbar den Inhalt des gerichtlichen Antrags bezeichnen, und, wie Schilter[96]) ganz richtig bemerkt, dahin deuten, *ut testamentum*, tanquam inofficiosum, *rescinderetur*. Das Eigene dieser Querel besteht darin, daß sie hier nicht als eine hereditatis petitio erscheint, wo der Enterbte bereits im Besitz der Erbschaft ist, sondern als ein bloses iudicium rescindens zu betrachten ist, welches doch am Ende, wie jede andere Exception, hauptsächlich nur die Abweisung des Klägers zum Zweck hat[97]).

In dem letztern Falle hingegen, da der Enterbte nicht in dem Besitz der Erbschaft ist, muß derselbe als Kläger auftreten, und er kann nun nach seinem Gefallen entweder die Inofficiositätsklage, oder, ohne des pflichtwidrigen Testaments in der Klage Erwähnung zu thun, die simple *hereditatis petitio* anstellen, und wenn denn der Erbe dem Kläger die Einrede entgegen setzt, daß ein Testament vorhanden sey, worin der Kläger aus einer rechtmäßigen Ursache enterbt worden, so kann nun der Kläger in der Replic anführen, daß er die Enterbung nicht verdient habe, indem die Ursache nicht gegründet sey, und der

96) Praxis iuris Rom. Exercit. XI. §. 32. pag. 244.

97) Man sehe hier vorzüglich Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. Stück Nr. I. besonders S. 13. Vergleiche jedoch, was dagegen erinnert worden ist in der Tübingischen allgemeinen juristischen Bibliothek. 1. Band (Tübingen 1796.) S. 347. folg.

der Beklagte die Wahrheit derſelben nie werde beweiſen können. Er kann daher noch hier das Geſuch anbringen, daß das Teſtament, als pflichtwidrig, reſcindirt, und er, der Kläger, für des Verſtorbenen Inteſtaterben erklärt werde [98]).

Die Querel des pflichtwidrigen Teſtaments wäre nun alſo auf folgende Art richtiger zu definiren, wenn man ſagt, ſie ſey dasjenige Rechtsmittel, deſſen ſich Notherben, welche zwar auf eine an ſich nicht ungültige aber doch unrechtmäßige Art präterirt oder exheredirt worden ſind, wider den eingeſetzten Erben ſowohl, als einen jeden andern in deſſelben Stelle eintretenden Nachfolger bedienen, und welches dahin gehet, daß das errichtete Teſtament, als ein pflichtwidriges, aufgehoben, folglich Kläger für des Verſtorbenen

98) Daß es heut zu Tage angehe, die Beſchwerde wider ein pflichtwidriges Teſtament als Replic anzubringen, iſt außer Zweifel. Man ſehe nur CARRACHII Adnotation. ad *Boehmeri* doctr. de actionibus Sect. II. Cap. 3. §. 30. ad v. *poteſt.* und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1690. Not. b. p. 854. Allein daß dieſes auch dem Römiſchen Rechte gemäß ſey, erhellet aus der richtigen Erklärung einer Stelle des Paulus lib. IV. *Receptar. Sententiar.* Tit. 5. §. 4. wo er ſagt, *Qui inofficioſum dicere poteſt, hereditatem petere non prohibetur.* Dieſe Worte haben, wie *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. (*Operum* Tom. II. pag. 158.) zeigt, offenbar keinen andern Sinn, als den: Wer ein Teſtament als pflichtwidrig anfechten kann, dem iſt es unverwehrt, auch die ſimple Erbſchaftsklage ſogleich anzuſtellen, und kann nachher, wenn ihm die exceptio teſtamenti entgegen geſetzt wird, dieſelbe durch die Replic entkräften, daß das Teſtament pflichtwidrig und daher zu reſcindiren ſey. Man ſehe auch VINNIUS in ſelect. iuris Quaeſtion. lib. I. cap. 19. in fin.

benenen Intestaterben erklärt, und, wenn sie als **Klage** erhoben wird, der Beklagte verurtheilt werde, die Erbschaft mittelst eines rechtsbeständigen Inventariums oder in dessen Ermangelung, einer eidlichen Specification dem Kläger mit allen Nutzungen und Zubehörungen herauszugeben [99]). Wird diese Querel als Klage gebraucht, in welchem Falle sie auch *actio inofficiosi* [100]) genennt wird, so ist sie eine wahre und zwar **qualificirte Erbschaftsklage**. Denn die Gesetze [1]) sagen ausdrücklich, per inofficiosi actionem *ipsam peti*

99) S. **Schmidts** pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden §. 544. Ausserdem sind noch zu bemerken. *Christ. Henr.* BREUNING Diss. de differentiis iuris Rom. et Germ. in legitima et querela inoff. test. liberorum. *Lipsiae* 1762. *Car. Frid.* PAELICKE Diss. de erroribus quibusdam circa querelam inofficiosi testamenti. *Helmstadii* 1763. *Christ. Frid. Benjam.* HOMMEL Diss. de differentiis inter querelam inofficiosi, quae parentibus ac liberis, et quae fratribus competit. *Erfordiae* 1773. *Ge. Casp.* DE AHNA Diss. de querela inofficiosi testamenti fratrum in specie. *Altorfii* 1697. besonders *Ed.* SCHRADER Commentat. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testamenti. *Goett.* 1802. *Christ Frid. Bern.* FUNK Comment. in controv. iur. civ. de nexu inter successionem ab int. et querelam inofficiosi testamenti, an quidem et quatenus ab illa ad hanc argumentum duci possit? *Goet.* 1802. u. *I. C.* RODBERTI Commentat. historico-dogmatica de querela inofficiosi testamenti P. I. continens historiam querelae testam. inoff. usque ad Constantinum M. Imp. *Goettingae* 1802.

100) *L.* 12. §. 3. *L.* 15. §. 2. *D. h. t. L.* 25. *L.* 27. *et L.* 30. *Cod. eodem.*

1) *L.* 8. §. 8. *D. h. t. L.* 20. *L.* 21. §. 2. *L.* 27. §. 3. *D. eod. L.* 7. §. 1. *D. de heredit. petit. L.* 20. *D. de bon. poss. c. Tab.* und *L.* 3. *C. de hered. petit.* Man vergleiche hier **Steins** angef. Abhandlung §. 22. Not. b. S. 79.

peti hereditatem, nec ullam aliam, quam *hereditatis petitionem* exerceri. Ja Justinian [2]) nennt die Inofficiositätsklage eine *hereditatis petitionem ex nomine de inofficioso*. Wenn daher mehrere sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrte [3]) die Inofficiositätsklage dennoch nur für ein vorbereitendes Rechtsmittel halten wollen, wodurch man sich blos den Weg zur hereditatis petitio zu bahnen suche, und mit welchen also nur die Rescission des pflichtwidrigen Testaments gefordert, die Herausgabe der Erbschaft selbst hingegen nur erst demnächst mit der nun anzustellenden, oder heut zu Tage mit der Querel zu cumulirenden hereditatis petitio bewirkt werden könne, so ist dies eine eben so unerweisliche und von andern [4]) längst widerlegte

2) *L*. 34. *Cod. de inoff. testam.*

3) RAEVARDUS de Praeiudiciis Lib. I. cap. 13. *Franc.* BROEUS in Expositionib. in Imp. Iustiniani Institut. h. t. §. 4. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. *Ev.* OTTO in Commentar. ad Institut. h. t. in Princ. nr. 6. *Io. Hartw.* REUTER Diss. de effectu querelae inoff. testam. iuxta ord. edicti succ. §. 26—29. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diss. de victoria querelae inofficiosi tertio proficua. *Lipsiae* 1719. §. 10. WOLTAER in Observat. iur. civ. Fasc. II. Obs. 27. §. 2—4. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 264. und HAUBOLD in Diss. de different. inter testam. nullum et inoff. Cap. IV. pag. 16.

4) *Arn.* VINNIUS in select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 19. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 4. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. Oper. pag. 157. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 396. not. 11. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. Cap. LXXXI. §. 18. seq. WALCH Introd. in Controv. iur. civ. pag. 725. Westphal von Testamenten §. 1019. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1690. not. b. und SCHRADER in Commentat. cit. §. 53—61.

letzte Hypothese, als Anton Fabers [5]) Meinung, daß die Querel ursprünglich eine Volksklage gewesen wäre. Denn Niemand kann die Inofficiositätsklage mit Nutzen anstellen, als dem die Erbschaft, von welcher er durch das lieblose Testament ist ausgeschlossen worden, auch zunächst ab intestato zugestanden haben würde. Dies lehrt Ulpian [6]) ganz deutlich, wenn er sagt: Si quis ex his personis, *quae ad successionem ab intestato non admittuntur*, de inofficioso egerit, nemo enim eum repellit, et *casu* obtinuerit, *non ei prosit victoria*, sed his, *qui habent ab intestato successionem.* Man kann also wohl sagen, daß die Inofficiositätsklage ein Intestaterbrecht zum Grunde habe [7]). Diesem ist auch nicht entgegen, daß diese Querel ein testamentum

5) Rational. ad Dig. ad L. 1. h. t. Er beruft sich auf die *L. 1. D. h. t.* welche Stelle er so emendirt: Sciendum est, frequentes esse inofficiosi querelas: *omnibus enim de inofficioso licet disputare.* Alles übrige hält er für unächten Zusatz. Allein diese sonderbare Grille hat schon *Corn. van* BYNCKERSHOEK in Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 5. zur Genüge widerlegt; zum Ueberfluß auch SCHRADER cit. Commentar. §. 6.

6) *L. 6. §. 1. D. h. t.* Man sehe, was ich an einem andern Orte (§. 543. S. 3.) über diese Stelle bemerkt habe.

7) *Pet. de* TOULLIEU in Diss. de Querela inofficiosi (in *Collectan.* iur. civ. *Groeningae* 1737. 4. pag. 230. seqq.) sagt, die Querel des lieblosen Testaments sey zwar von jeher bey den Römern eine wahre petitio hereditatis gewesen, jedoch anfangs nicht sowohl *ab intestato*, als vielmehr eine *actio ex lege naturae ob delictum neglecti contra pietatem iusti sanguinis* Allein nach dem neuesten Rechte und heut zu Tage sey sie eine bloße *petitio hereditatis ab intestato.* Man sehe jedoch, was PÜTTMANN in Interpretat. et Observation. Cap. 34. dagegen erinnert hat.

tum rite conditum voraussetzt. Denn das Daseyn eines Testaments schließt die Intestaterbfolge nur dann aus, wenn es ein in aller Rücksicht gültiges Testament ist, welches auf keine Weise angefochten werden kann. Allein hier ist von einem **pflichtwidrigen Testament** die Rede, wodurch die Intestaterbfolge nicht ausgeschlossen, sondern nur bis zu desselben Rescission gehindert wird.

§. 553.

Ursprung der Querelae inofficiosi.

Mit Recht schreibt unser Verfasser den Ursprung dieser Querel einer Erfindung der Römischen Rechtsgelehrten zu. Dies beweißt die Fiction, welche man bey der Einführung der Querel zu Hülfe nehmen mußte, deren **Marcian** [8]) gedenkt, unwidersprechlich. Eines solchen Vorwandes, als ob der Testirer nicht recht bey Verstande gewesen seyn könne, welcher, taub gegen die Stimme der Natur, ein so liebloses Urtheil über seine nächsten Blutsfreunde gesprochen, hätte es, wie **Everhard Otto** [9]) sehr richtig bemerkt, nie bedurft, wenn die Inofficiositätsquerel gleich anfangs durch ein **ausdrückliches Gesetz** wäre eingeführt worden. Man muß sich daher billig wundern, wie bey dieser Evidenz des Beweises dennoch die Hypothese des **Cujaz** [10]), daß die Querel durch eine gewisse *Lex Glicia*, deren

8) *L.* 2. *D. h. t.*

9) Commentar. ad Pr. I. h. t.

10) Observation. Lib. II. cap. 21. und Lib. XIV. cap. 14. Beyde Stellen findet man mit den gelehrten Anmerkungen des Herrn Dir. ZEPERNICK abgedruckt bey SICCAMA de iudicio centumvirali (*Halae* 1776.) pag. 278—283.

deren in der Inscription der *L.* 4. *D. h. t.* gedacht wird, sey eingeführt worden, soviel Beyfall finden können [11]); noch mehr aber muß man den annützen Aufwand von Gelehrsamkeit bedauern, mit welchem noch in neuern Zeiten jene Cujazianische Hypothese, der gründlichen Widerlegung bey Cornelius van Bynkershök ungeachtet [12]), in einer eigenen Schrift [13]) hat unterstützt werden mögen. Man kann immerhin zugeben, daß die Inscription der L. 4. D. h. t. GAIUS *lib. singulari ad Legem Glitiam*, so wie sie auch in der Florentine gelesen wird, unverfälscht, und die darin

11) Dem Cujaz sind beygetreten *Ant.* AUGUSTINUS de Legibus et SCtis (*Parisiis* 1584. f.) in *L. Glitia* pag. 65. Doch schwankt er. *Vereor tamen*, sagt er, *ne non mendosus hic locus sit.* Mit mehrerer Zuverlaßigkeit stimmen dem Cujaz bey *Sibr. Tet.* SICCAMA de iudicio centumvirali Lib. II. c. 6. *Io. Vinc.* GRAVINA de Legib. et SCtis cap. 80. (*Oper.* pag. 411. Edit. *Mascov.*) *Dion.* GOTHOFREDUS ad L. 4. D. h. t. *Guid.* PANZIROLLUS in Thes. variar. lection. Lib. II. c. 23. und *Ant.* TERRASSON histoire de la Iurisprud. pag. 125.

12) Observation. Iur. Rom. lib. II. cap. 12.

13) *Car.* LOVARDUS in libro de vera origine querelae inoff. testamenti e Lege Glicia. *Dresdae*. 1762. 8. Jedoch weicht (Volhard) darin ab vom Cujaz, daß er den M. CLAUD. GLICIA für den Urheber des Gesetzes hält, auf dessen Vorschlag es während seines Tribunats im Jahr 514. oder 516. der Erb. R. soll gegeben worden seyn; dahingegen Cujaz die *L. Glicia* einem gewissen Dictator *Glicia* zuschreibt, und es ins Jahr der Erb. Roms 504. setzt. Die Gründe dieser Schrift sind vom H. Dir. Zepernick ad *Siccamam* de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 6. Not. e. pag. 149. seqq. gründlich geprüft und mit der diesem eleganten Rechtsgelehrten eigenen Gelehrsamkeit widerlegt worden.

darin erwähnte Lex Glicia kein Figment sey, wofür sie Bynkershök und Abraham Wieling [14]) halten wollen. Denn die Gründe, welche Christ. Henr. Breuning [15]) für die Aechtheit jener Aufschrift anführt, sind nicht unerheblich. Und dieser Meinung ist auch Carl Friedrich Walch [16]). Allein daraus folgt doch noch nicht, daß durch diese *Lex Glicia* die Querel sey eingeführt worden. Noch viel weniger Beyfall verdient jedoch die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [17]), welche den Ursprung der Inofficiositäts-Querel gar erst aus den Constitutionen der Kaiser herleiten wollen. Denn wie hätte schon zu den Zeiten des Römischen Freystaats die Querel gegen lieblose Testamente mit solcher Wirkung vor dem Centumviralgericht angestellt werden können, als die Beyspiele bey Valerius Maximus [18]) und Cicero [19]) zeigen, wenn jene Behauptung wahr wäre? Man kann endlich auch die Querel nicht unmittelbar aus dem Edict des Prätors

14) Iurisprud. restituta pag. 66.

15) Diss. de different. iur. Rom. et Germ. in legitima et Querela inoff. T. liberorum. Cap. 4.

16) Diss. de querelae inoff. donationis praescriptione. §. 1, Not. *. pag. 2.

17) *Franc.* DUARENUS ad Tit. Dig. de inoff. test. Cap. 2. und *Car. Died.* REICHHELM Diss. de origine querelae inofficiosi testamenti. *Halae 1795.* 8. Sect. I. §. 7.

18) Lib. VII. cap. 7. Einen schönen Commentar über die Stelle des Valerius Maximus hat *Ant.* SCHULTING in Diss. de testamentis rescissis (*Commentation. academ.* Vol. I. Diss. 6.) geliefert.

19) In *Verrem* Orat. I. cap. 42.

tors herleiten. **Pithöus** [20]) ist zwar dieser Meinung und glaubt, daß sie durch eine Stelle des **Paulus** [21]) vollkommen unterstützt werde, welcher sagt: Qui sui heredes sunt, ipso iure heredes etiam ignorantes constituuntur, ut furiosi, aut infantes et peregrinantes, quibus bonorum possessionis (jus) *propter praetoriam actionem* non erit necessarium. Dieser Beweis leuchtete auch dem gelehrten Hersteller des Edicti perpetui, **Wilhelm Ranchin** [22]) dergestalt ein, daß er gar keinen Anstand fand, uns folgende verba Edicti veluti legitima darzustellen: *Si quit testamentum inofficiosum dicere velit, eo, quod iniuste se exheredatum aut praeteritum esse queratur, neque ei quarta pars debitae portionis ab intestato relicta fuerit, inofficiosi testamenti intra quinquennium ei actionem dabo.* Diese Meinung fand nachher bey mehreren Rechtsgelehrten [23]) Beyfall. Allein wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß der Prätor zuerst lieblose Testamente umgestossen habe, woran uns eine Stelle des **Valerius Maximus** [24]) nicht zweiffeln läßt; so kann doch der Prätor um

20) Ad Collation. Leg. Mosaic. et Romanar. Tit. XVI. §. 3.

21) *Sententiar. Receptar.* Lib. IV. Tit. 8. §. 5. in *Ant.* SCHULTING *Iurisprud. Antejustin.* pag. 408.

22) In Edicto perpet. restit. Lib. V. Tit. 3.

23) *Hier. de* OROZ de Apicibus iur. civ. Lib. I. cap. 5. nr. 13. *Herm.* VULTEJUS ad Princ. I. de inoff. testam. nr. 3. *Chr.* BESOLDUS in Delibatis iur. Lib. V. Qu. 17. *Car. Frid.* PAELICKE Diss. de erroribus quibusd. circa Querelam inoff. testam. Sect. I. §. 2. u. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Specim. Observat. iur. civ. Cap. 5. pag. 28.

24) Lib. VII. cap. 7. Ex. 5. *Egregia quoque* C. CALPURNII PISONIS, *Praetoris urbani, constitutio. Cum enim ad eum Terentius*

um deshalb nicht für den Urheber der Querel des lieblosen Testaments gehalten werden, weil Ulpian [25]) ganz das Gegentheil lehrt, wenn er sagt: *Non putavit Praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos: sicuti nec iure civili testamenta parentium turbant. Sane si velint inofficiosi querelam instituere, est in ipsorum arbitrio.* Der Prätor scheint also in dem Falle bei Valerius Maximus dem Vater nur die bonorum possessionem *unde cognati* gegeben zu haben, um die Inofficiositätsklage anstellen zu können [26]). Es kann daher die *actio praetoria* in der oben angeführten Stelle des Paulus schwerlich die Querel des lieblosen Testaments andeuten. Ich kann aber doch auch dem Schulting [27]) nicht Recht geben,

tius ex octo filiis, quos in adolescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querelam detulisset: bonorum adolescentis possessionem ei dedit, heredesque lege agere passus non est. Movit profecto PISONEM *patria majestas, donum vitae, beneficium educationis: sed aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, quod cum patre septem fratres impie exheredatos videbat.* Valerius Maximus meint hier denjenigen C. CALPURNIUS PISO welcher im Jahr 542. der Erb. R. unter dem Consulat des P. Sulpicius Galba und Cn. Fabius Centumalus die Prätur verwaltet hat. S. *Steph.* PIGHIUS Annal. Lib. IX. pag. 181. und PATIN Familiae Rom. ex nummis pag. 56. Es muß sonach schon über hundert Jahre vor dem Cicero die Querela inofficiosi bekannt gewesen seyn. S. HEINECCII Diss. de levis notae macula ad L. 27. C. de inoff. testam. §. XI. (in EIUSDEM *Opusculor. varior. Sylloge* Halae 1735. 4. pag. 281.)

25) *L. 8. pr. D. de bon. poss. contra tab.*

26) S. SCHULTING Diss. de testamentis rescissis §. 5. pag. 289.

27) Iurisprud. Antejustin. pag. 408. Not. 17.

ben, wenn er darunter die hereditatis petitio praetoria oder possessoria verstehen will. Es scheint auch nicht, wie **Heineccius** [28]) annimmt, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemeint zu seyn, welche der Kr. **Alexander**, unter welchem **Paulus** lebte, den Kindern und Abwesenden gegen die unterlassene Anstellung der Querelae inofficiosi gegeben hatte [29]); sondern ich glaube vielmehr, daß **Paulus** unter der praetoria actio das *Interdictum quorum bonorum* versteht, welches nach der Verordnung der Kr. **Severus** und **Antoninus** [30]) auch dem Civil-Erben, und wie **Voet** [31]) mit Recht behauptet, auch dem Suus heres zusteht. Dieses Interdict konnte **Paulus** zu seinen Zeiten mit Recht eine actio praetoria nennen, da der Proceß der Interdicte mit dem der Actionen darin übereinkam, daß der Prätor auch hier einen Judex instruirte, den Streit zu untersuchen und zu entscheiden [32]). Daher braucht **Paulus** [33]) selbst den Ausdruck *reddere interdicti actionem*. Es bleibt indessen alles blos Conjectur, zum Beweis, wie schwankend das Argument ist, welches man aus jener Stelle des **Paulus** für die Ableitung der Querel aus dem Edict

des

28) In Differtat. cit. §. 10. (*Opuscul. var.* pag. 278.)

29) *L. 1. Cod. de in integr. restitut. minor.*

30) *L. 1. Cod. Quor. bonor.*

31) Comment. ad Pand. T. II. Lib. XLIII. Tit. 2. §. 1.

32) *Ian. a* COSTA in Comment. ad princ. I. de Interdict. von Savigny Recht des Besitzes §. 34. S. 328

33) *Sentent. Receptar.* Lib. V. Tit. 6. §. 10. Man sehe auch *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad Tit. Cod. de Interdict. nr. 4. pag. 571.

des Prätors hernimmt [34]. Die richtigste Meinung bleibt daher immer diejenige, welche auch von den meisten Rechtsgelehrten [35]) angenommen wird, nämlich daß die Querela inofficiosi als eine Erfindung der römischen Rechtsgelehrten durch die Praxis der Centumviralgerichte eingeführt worden sey. Mehrere Rechtsgelehrte [36]) wollen jedoch daran zweifeln, daß der *color insaniae* gleich anfangs zur Begründung der Querel sey gebraucht worden, um das neue Recht an das 12 Tafelgesetz anzupassen, weil ursprünglich nicht blos Blutsfreunde, sondern auch andere innigverbundene gute Freunde zur Querel wären gelassen worden. Man führte die Querel ein, geleitet vom Gefühl der Pflicht, dankbar und gegen seine Freunde liebevoll zu seyn, zumal da die Römer

34) Vergleiche auch *Io.* RICHEI Vindiciae Praetoris Rom. et iuris honorarii. (*Lugd. Batavor.* 1748. 8.) §. XV.

35) *Franc.* HOTOMANN. in Diss. de quarta legitima. Cap. 1. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XVIII. cap. 3. *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag 156. *Io. Fernand. de* RETES in Adversar. ad h. Tit. Cap. 16. §. 6. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 524.) *Ian. a* COSTA ad pr. I. h. t. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 12. *Io. van de* WATER Observat. iur. Rom. Lib. I. c. 11. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opusc. postum. pag. 441. BACH in Histor. iurisprud. Rom. Lib. II. cap. 2. Sect. 5. §. 4. BREUNING Diss. de legitima et querela inoff. testam. Cap. 4. *Sim. Pet.* GASSER Diss. de origine querelae inofficiosi. *Halae* 1739. HAUBOLD Diss. de differ. inter testam. nullum et inoff. Cap. 3. pag. 11. ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudic. centumvir. lib. II. c. 6. not. f. pag. 151. Westphal von Testamenten §. 1010. Höpfner im Commentar §. 534. u. a. m.

36) *de* WATER c. l. pag. 56. und RODBERTUS in Comm. de historia querelae testam. inoff. Sect. I. §. 5—9. et Sect. II. §. 11.

mer nicht eben aus Geldgeitz, sondern mehr aus einem gewissen Ehrgefühle recht sehr wünschten, im Testament bedacht zu werden. Erst in der Folge sey diese Willkühr in Ansehung der Querel beschränkt, und dieselbe als ein Mittel für den Nothfall beybehalten worden. Nun erst, vielleicht gegen die Zeiten des Cäsars und Augustus, habe man ihr die bekannte Erdichtung zum Grunde gelegt, welche dann die Ursache geworden, daß man nach der Rescission des Testaments die Intestaterbfolge eintreten ließ, weil man annahm, der Testirer, als ein Nichtsinniger, sey ohne Testament dahingestorben. Allein daß auch Nichtverwandte des Testirers wären zur Querel gelassen worden, ist eine Hypothese, welche schon Seger [37]) so gründlich widerlegt hat, daß man sich billig wundern muß, wie sie dennoch bey mehrern neuern Rechtsgelehrten [38]) hat Beyfall finden mögen.

§. 554.

Wem steht die *Querela inofficiosi* zu?

Wer die Querel des lieblosen Testaments mit Wirkung anstellen will, muß nicht nur der nächste Intestaterbe seyn, sondern auch ein Recht zum Pflichttheil haben. Die eine Eigenschaft ist allein ohne die andere nicht hinreichend. Denn so haben z. B. vollkommen adoptirte Kinder nach der Analogie der Novelle 118. zwar ein Intestaterbfolgerecht in Ansehung ihres leiblichen Vaters, allein kein Recht zur Querel,

37) Observation. iuris civ. *Lipsiae* 1768. Obs. 2.

38) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 158. FUNK Commentat. de nexu inter success. ab int. et querelam inoff. test. §. 11. Man sehe jedoch dagegen SCHRADER in Commentat. eiusd. argum. Sect. I. §. 7.

tel, wie Schrader [39]) sehr gut gezeigt hat; und unvollkommen Adoptirte beerben zwar ihren Civilvater ab intestato, allein eine Querel können sie gegen desselben Testament nicht anstellen, da sie keine Notherben sind [40]), obwohl deren Daseyn macht, daß die Eltern, denen sonst der Pflichttheil gebührt, nun die Querel mit Nutzen nicht anstellen können, weil ihnen die unvollkommen adoptirten Kinder in der Intestaterbfolge vorgehen [41]). Eben so ist es, wenn ein Halbbruder von väterlicher Seite mit leiblicher Geschwister Kindern concurrirt. Hier kann erster nicht klagen, wenn auch der Testamentserbe eine persona turpis wäre [42]). Denn er ist nicht der nächste Intestaterbe, weil ihm nach der Nov. 118.. Kap. 3. der leiblichen Geschwister Kinder bey der Intestaterbfolge vorgehen, wenn diesen gleich kein Recht zur Querel zusteht [43]). Vor allen können nun diese Querel anstellen.

1) **Descendenten** des Testirers, insofern ihnen der Pflichttheil gebührt, (§. 543. S. 564. des 6. Theils) sie mögen zur Zeit des Testaments schon gebohren gewesen seyn oder nicht. Denn auch den *Postumis* steht die Querel zu [44]), wie **Hellfeld** hier mit Recht behauptet. Nur insofern sie vom Vater oder väterlichen Ascendenten sind präterirt worden, rumpiren sie das Testament. Mehrere Rechtsgelehr-

 te

39) Comm. de nexu succ. ab int. et querelae I. T. §. 30.

40) *L. 10. pr. Cod. de adopt.*

41) Man sehe oben §. 543. S. 18. dieses 7. Theils.

42) S. SCHRADER cit. Commentat. §. 69.

43) *L. 21. C. h. t.*

44) §. 2. *I. h. t. L. 6. pr. D. eod. L. 3. C. eodem.*

te[45]) sind zwar der Meinung, daß eine Enterbung eigentlicher Postumorum nach der Nov. 115. Kap. 3. nicht mehr gelten könne, weil eine rechtmäßige Ursache der Enterbung bey denselben durchaus nicht denkbar sey. Das Testament sey also in einem solchen Falle schon an sich nichtig. Allein diese Meinung beruhet auf der Voraussetzung, daß die Anführung einer rechtmäsigen Ursache zur Form und Gültigkeit der Exheredation erfordert werde, welche doch nur, wie oben gezeigt worden, zur Rechtmäßigkeit derselben erfordert wird. Es ist daher solchen Postumis die Inofficiositätsklage um so gewisser, da das Unrecht der Enterbung hier am Tage liegt. Eine Abänderung des ältern Rechts in Ansehung der Enterbung der Postumorum läßt sich also nicht wohl behaupten[46]). Den legitimen leiblichen Kindern steht nun die Querel zu, sie mögen noch in väterlicher Gewalt oder emancipirt seyn, und die letztern bedürfen auch, wie

45) *de* RETES in Adversar. de inoff. testam. Cap. XVIII. §. 6. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 14. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 571. WIESAND Opusc. iurid. Specim. IV. Obs. 4. pag. 43. WALCH Introd. in controv. iur. civ. pag. 208.

46) Hierin stimmen überein VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 5. NOODT Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 159. REINOLD Diss. de caussis, in quibus etiam nunc querela inoff. test. est necessaria §. 8. (in *Opusc.* pag 347.) REUTER Diss. de effectu querelae inoff. test. §. 31. PAELICKE Diss. de erroribus quibusd. circa querel. inoff. test. Error. 4. MALBLANC Dig. Tom. III. §. 697. insbesondere Fried. Wilh. Gambsjäger in der Schrift unter dem Titel: rechtliche einen von dem mütterlichen Großvater in einer letzten Willensmeinung übergangenen Enkel betreffende Fragen. (Mannheim 1805. 8.) §. 12. u. 13.

wie schon oben (§. 551. S. 334.) gezeigt worden ist, nach dem neuesten röm. Rechte der bonorum possessio nicht mehr, die sie ehemals litis ordinandae causa suchen mußten [47]). Nur die emancipirten Adoptivkinder sind von dieser Querel gänzlich ausgeschlossen [48]). Auch arrogirte Unmündige haben die Querel nicht, sondern müssen sich mit der Quarta D. Pii begnügen, weshalb ihnen blos eine Condictio zusteht [49]). In Ansehung der Mutter steht hingegen die Inofficiositätsklage auch den unehelichen Kindern zu, so weit sie dieselbe ab intestato beerben [50]). Es behaupten auch mehrere Rechtsgelehrten [51]), daß die Adoptivkinder der Frauenspersonen, wenn die Adoption vom Landesherrn bestätiget worden ist, gegen das Testament der Adoptivmutter die Inofficiositätsklage anstellen könnten. Sie berufen sich theils auf eine Stelle Ulpians [52]), welcher sagt: Quoniam femina nullum adoptare filium *sine iussu Principis* potest, nec *de inofficioso testamento* eius,

47) Anderer Meinung ist zwar HOFACKER Princip. iur. civil. T. II. §. 1693. Allein diese Meinung stimmt mit dem §. 1647. vorgetragenen Grundsätzen nicht überein.

48) §. 4. *I. de exheredat. liberor.*

49) *L.* 8. §. 15. *D. h. t.* Man sehe auch oben §. 543. I. 4. u. §. 544. nr. I.

50) *L.* 29. §. 1. *D. h. t.*

51) MEIER in Colleg. argentorat. Tit. de adoptionib. Th. 56. FINESTRES in Praelect. ad h. tit. Cap. III. §. 25. pag. 54. THIBAUT Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1. B. Abhandl. 15. S. 339. und Desselben System des Pand. Rechts 1. B. §. 491. SCHRADER Commentat. de nexu succ. ab int. et querelae inoff. §. 33. Weber zu Höpfners Commentar über die Institutionen §. 532. Not. 3. S. 603.

52) *L.* 29. §. 3. *I. h. t.*

quam quis sibi matrem adoptivam *falso* esse existimabat, agere potest. Man schließt hieraus a contrario daß eine wahre Adoptivmutter, welche mit Erlaubniß des Landesherrn ein Kind angenommen, ihr Adoptivkind nicht ohne hinlänglichen Grund enterben könne, weil sonst das ganze Raisonnement widersinnig wäre, wenn das Gegentheil Statt gefunden hätte. Theils gründet man diese Meinung auf die Verordnung der Kaiser **Diocletian** und **Maximian** [53]), welche an eine gewisse **Syra** auf folgende Art rescribirt haben: Mulierem quidem, quae nec suos filios habeat in potestate, arrogare non posse, certum est. Verum quoniam *in solatium amissorum tuorum filiorum* privignum tuum cupis vicem legitimae sobolis obtinere, annuimus votis tuis, secundum ea, quae annotavimus: et *eum perinde atque ex te progenitum*, ac *vicem naturalis legitimique filii habere permittimus.* In diesen Stellen wird nun freylich nicht ausdrücklich gesagt, daß der Adoptivsohn eines Weibes gegen das Testament seiner Adoptiv-Mutter, in welchem er enterbt oder übergangen worden ist, die Inofficiositätsklage anstellen könne. **Noodt** [54]) und **Pothier** [55]) haben auch noch insonderheit gegen die erstere Stelle des **Ulpians** erinnert, daß die Worte: *sine iussu Principis* für ein tribonianisches Emblem zu halten wären [56]). Ueberdem ist das Argument aus **Ulpians** Fragment nur ein argumentum a contrario, dergleichen bey der Erklärung solcher Fragmente, welche aus den

53) *L. 5. Cod. de adopt.*

54) in Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 159.

55) Pandect. Iustinian. h. t. nr. VI. not. m. Tom. I. pag. 189.

56) Man sehe jedoch, was ich dagegen im 2. Theil dieses Commentars Tit. *de adopt.* §. 149. Not. 81. S. 347. erinnert habe.

den libris miscellaneis der römischen Juristen, z. B. aus den libris *opinionum*, wie die angeführte *L.* 29. *h. t.* ferner *quaestionum* und *responsorum*, worin sie blos einzelne Fälle und Rechtsfragen entschieden, entlehnt worden, mit vieler Behutsamkeit zu gebrauchen sind [57]). Hierzu kommt, daß es an sich unwahrscheinlich und mehr als inconsequent zu seyn scheint, die von einem Weibe geschehene Adoption wirkungsreicher, als die von einer Mannsperson, seyn zu lassen [58]). Daher behauptet sogar **Anton Faber** [59]), die oben angeführte *L.* 29. §. 3. *h. t.* sey durch die *L.* 10. *C. de adopt.* aufgehoben. Demohngeachtet ist nicht zu läugnen, daß in der *L.* 5. *C. de adopt.* für jene Meinung doch immer ein sehr starkes Argument liegt. Denn soviel ist doch gewiß, daß das Adoptivkind seine Adoptivmutter ab intestato beerbt, und mehr wird ja bey Kindern nicht erfordert, um Noth-

57) *Ger.* NOODT Probabil. lib. I. cap. 3. §. 4. Lib. IV. cap. 5. §. 2. *Henr.* BRENKMANN Diss. de Legum Inscriptionibus §. 13. (in WIELING *Iurispr. Restitut.* T. II. pag. 159.) *Ger.* SCHRODER Observat. iur. civ. Lib. I. cap. 5. *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iur. civ. pag. 358. Höpfners Commentar §. 532. Not. 3. S. 603. Bey andern Stellen des Röm. Gesetzbuchs, die wirkliche und als solche ursprünglich bekannt gemachte Gesetze enthalten, ist das argumentum a contrario ein gültiges und wichtiges Argument, wofür es Papinian selbst erklärt *L.* 1. *pr. D. de offic. eius, cui mand. est iurisd.* S. *Dan.* FELLENBERG Iurisprud. antiqua Tom. II. pag. 500. und ZACHARIAE Versuch einer allgem. Hermenevtik des Rechts pag. 137. folg.

58) S. die Bibliothek kleiner jurist. Schriften von Hübner und Tittmann 3. Band. 571. Not. *.

59) Rational. ad L. 29. §. 3. D. h. t. Man s. jedoch dagegen Thibaut Versuche 1. Th. S. 340. Not. 13.

Notherben mütterlicher Ascendenten zu seyn. Bey dem Vater ist dieses nicht der Fall. Es ist daher ganz unrichtig, wenn einige Rechtsgelehrten [60]) den natürlichen Kindern in dem Falle, da sie ihren Vater zu $\frac{1}{6}$ ab intestato beerben, dieser Portion wegen im Ausschließungsfalle die Querelam inofficiosi gestatten wollen. Denn kein Gesetz giebt ihnen dieses Recht. Sie sind ja überdem keine solche Descendenten, welche jemahls zur Intestaterbfolge *ex asse* gelangen können, sondern genau genommen nur als *successores singulares* in Ansehung ihres Sechstheilles anzusehen. [61])

Nach den Descendenten kommen 2) die Ascendenten zur Querel, insofern ihnen der Pflichttheil gebührt, (§. 543. nr. II. [62]) und zuletzt die Geschwister, wenn ihnen eine infamirte oder schändliche Person ist vorgezogen worden, jedoch auch dann nur die vollbürtigen, und Halbgeschwister von väterlicher Seite. Die Uterini sind ausdrücklich von der Querel ausgeschlossen, [63]) und durch die Nov. 118. ist hierin nichts geändert, wie schon oben (§. 543. S. 14.) ausführlich gezeigt worden ist. Wenn eini-

60) CUJACIUS ad Nov. 18. et in Observat. Lib. II. c. 21. Lib. III. cap. 8. Lib. XIV. cap. 4. TREUTLERUS Vol. I. Disput. XIII. Th. 12. HARPPRECHT in Comm. ad Institut. Lib. II. Tit. 18. §. 2. nr. 4.

61) Man vergleiche FINESTRES in Praelect. ad h. t. Cap. III. §. 3. BACHOVIUS ad *Treutlerum* c. l. SCHRADER in Comm. cit. §. 37. und besonders die *Bibliothek kleiner iurist. Schriften* von HÜBNER u. TITTMANN 3. Band pag. 571. Not. **).

62) Im 6. Theile dieses Commentars S. 569. ff.

63) *L. 27. C. h. t.*

einige Rechtsgelehrten[64]) der Meinung sind, daß Brüder und Eltern in dem Falle, da ehrlose Personen zu Erben eingesetzt sind, zusammen die Querel anstellen könnten, so liegt hier der oben in seiner ganzen Blöße dargestellte Fehlschluß zum Grunde, als ob Gleichheit des Rechts in Rücksicht der Intestaterbfolge auch Rechtsgleichheit in Beziehung auf Notherbrecht begründe (§. 543. S. 8.—12.). Es sind auch die von mir an einem andern[65]) Orte darüber noch ausführlicher dargelegten Gründe durch die seichte Widerlegung in einer mehrgedachten neuern Schrift[66]) bey weiten nicht entkräftet worden. Soviel ist jedoch gewiß, daß die vollbürtigen Geschwister bey der Querel den consanguineis vorgehen, weil den letztern kein Intestaterbrecht zusteht, wenn leibliche Geschwister vorhanden sind. (§. 543. S. 18. u. 19.) Außer den gedachten Notherben kommt Niemandem weiter ein Recht zur Querel zu, auch nicht einmahl den Geschwisterkindern, wenn sie gleich Justinian in einer Classe mit den Geschwistern zur Intestaterbfolge ruft, wie oben (S. 12. lit. c.) gezeigt worden ist. Es bleibt also noch immer ein sehr guter Rath, den Ulpian[67]) giebt, wenn er sagt: Cognati, qui sunt ultra fra-

64) Sie sind oben §. 543. S. 5. u. folg. dieses 7. Theils angeführt. Ihnen ist noch beyzufügen Weber zu Höpfners Commentar §. 534. Not. (*) S. 605.

65) In Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate §. 6. (*Opuscul.* Fasc. III. pag. 47. seqq.)

66) SCHRADER in Commentat. saepius cit. §. 77. Man sehe dagegen die Bibliothek kl. iurist. Schriften v. HÜBNER u. TITTMANN 3 B. pag. 574. Not. *) Mit mir stimmt auch überein THIBAUT im System des Pandekt. R. II. B. §. 810. S. 222.

67) *L.* 1. *D. h. t.*

fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, *cum obtinere spem non haberent.*

Es ergiebt sich hieraus, daß bey dem Gebrauche der Querel die *Successio ordinum* Statt findet, und diese tritt ein, wenn derjenige Notherbe, dem die Querel zunächst zusteht, dieselbe nicht erheben will, oder kann, oder die Klage zwar angestellt, aber den Prozeß verlohren hat. Hier rückt die folgende Classe der Notherben in die Querel ein. **Paulus**[68]) setzt dies außer allem Zweifel, wenn er sagt: Si is, qui *admittitur* ad accusationem, *nolit*, aut *non possit* accusare: an *sequens* admittatur, videndum est; et *placuit*, *posse:* ut fiat *successioni*[69]) locus; und

68) *L. 31. pr. D. h. t.*

69) Es ist hier von keinem edicto successorio die Rede, welches hier Bartolus und mehrere neuere Rechtsgelehrten mit ins Spiel bringen wollen. Denn dieses hat einen ganz andern Zweck, und mit der Querel, als einem Institut des bloßen Civilrechts, gar nichts zu schaffen, wie ich in meiner Diss. de constituenda legitimae port. parent. quantitate §. 6. (*Opuscul.* Fasc. III. pag. 58 seqq.) ausführlich gezeigt habe. Mit mir stimmt auch überein Herr Kanzl. Koch in der Bonorum possessio §. 27. S. 289. Eben so wenig ist es aber auch für eine *Successio* zu halten, wenn der nächste übergangene Intestaterbe kein Notherbe ist, aber doch denjenigen, welcher ein Recht zur Querel hat, hindert, dieselbe bey dessen Leben, und ohne sich seines Erbrechts auf diesen Fall begeben zu haben, anstellen zu können, welches SCHRADER cit. Comm. §. 82. und 95. auch für eine Art der *Successio in querela inoff.* halten will. Z. E. wenn ein frater consanguineus mit eines vollbürtigen Bruders Sohn concurrirt, und eine persona turpis instituirt ist. Es kommt auch in diesem Falle, wo der Bruder nicht klagen konnte, auf den noch unvollendeten Ablauf der Verjährungs- zeit

und Papinian [70]) erläutert dieſes mit folgendem Rechtsfalle: Pater filium emancipavit, et nepotem ex eo retinuit; emancipatus ſuſcepto poſtea filio, duobus exheredatis, patre praeterito, vita deceſſit: in quaeſtione de inofficioſo teſtamento, praecedente cauſa filiorum, patris intentio adhuc pendet. Quodſi contra filios judicetur, pater ad querelam vocatur, et ſuam intentionem implere poteſt. Wenn alſo Jemand ſeine Kinder enterbt, und ſeine Eltern präterirt, daneben aber eine fremde Perſon zum Erben eingeſetzt hat; ſo ſind die Deſcendenten des Teſtirers die erſtern, welche zur Querel kommen, wollen dieſe aber nicht klagen, oder ſie können nicht mehr klagen, weil die Querel präſcribirt iſt, oder ſie haben den Prozeß verlohren, ſo ſind nun die Eltern die nächſten, die zur Querel zu laſſen ſind. Sind keine Eltern da, oder wollen dieſe die Querel nicht anſtellen, ſo kommt es darauf an, ob eine ehrliche oder eine unehrliche Perſon eingeſetzt iſt. Im letztern Falle haben nun auch die Geſchwiſter ein Recht zur Querel, und zwar diejenigen zuerſt, welche zur Inteſtaterbfolge die nächſten ſind. [71])

So

zeit nichts an, weil einer actioni nondum natae keine Verjährung läuft. Man ſ. die *Biblioth. klein. iur. Schriften* v. HÜBNER u. TITTMANN 3. B. pag. 576. Not. **).

70) *L.* 14. *D. h. t.*

71) S. *Franc.* DUARENI Commentar. in Dig. h. t. Cap. VIII. in fin. (*Oper.* pag. 178. edit. *Francof.* 1592. f.) *Reinh.* BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Diſp. XIII. Th. 5. lit. C. et D. p. 524. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 31. D. h. t. *Pet. de* GREVE in Exercit. ad Pandect. loca difficiliora Exerc. VII. §. 24. pag. 189. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Decad. XV. §. 9. (in Commentat. academ. Vol. III. pag. 44.) STRUV Synt.

So unbezweifelt jedoch die Succeſſio ordinum in der Querel iſt, ſo ſtreitig iſt die Frage, ob es in der Querel auch eine *Succeſſio graduum* gebe? Der Sinn dieſer Frage iſt, wenn in derſelben Claſſe (ordo) mehrere Perſonen verſchiedenen Grades vorhanden ſind, und der nächſte Notherbe, der zur Querel berechtiget iſt, nicht klagen will oder kann, iſt nun die in dem nämlichen ordo im Grade folgende Perſon zur Querel zu laſſen, und der folgende ordo auszuſchließen? Findet alſo eine *Succeſſio de gradu ad gradum in eodem ordine* bey der Querel Statt? Mehrere Rechtsgelehrten [72]) tragen kein Bedenken, dieſe Frage zu bejahen. Allein die verneinende Meinung, welcher auch die meiſten ältere und neuere Rechtsgelehrten [73]) beypflichten, ſcheint mir den Vorzug zu verdienen. Es ſind hier beſonders zweyerley Fälle zu erörtern.

I) Der

Synt. iur. civ. Ex. X. Th. 19. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Diſp. XVII. Th. 5. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 17. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de Succeſſ. §. 142.

72) VINNIUS Select. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 20. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. 7. NOODT Commentar. ad Pand. h. t. (*Oper.* T. II. pag. 163.) WESTENBERG de portione legitima Diſſ. II. Cap. 2. §. 15. und Ebenderſelbe in Dig. h. t. §. 19. POTHIER Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. X. not. a. pag. 190. REUTER Diſſ. de effectu querelae inoff. teſtam. iuxta ord. edicti ſucceſſorii inſtitut. §. 33. et 34. und MALBLANC in Princip. iur. Rom. ſec. ord. Digeſt. Tom. III. §. 697. not. x. pag. 852.

73) VOET in Comment. ad Pand. h. t. §. 6. *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. XXIX. Err. 5. *Jo. a* SANDE Deciſion. aurear. Lib. IV. Tit. 9. Definit. 7. BACHOV ad *Treutlerum* cit. loc. GOMEZ Reſolut. var. Tom. I. Reſolut. 11. nr. 21.

Luc.

I) Der Vater hat seinen Sohn enterbt, und den von diesem gezeugten rechtmäßigen Enkel präterirt. Der enterbte Sohn hat den Vater überlebt, er will aber, oder kann die Querel nicht anstellen; oder er stellt sie an, allein er verliert den Proceß. Kann nun nicht der von dem Großvater präterirte Enkel eintreten, und die Querel anstellen? Nein, sofern in Rücksicht seiner keine **Transmission der Querel** eintritt, (§. 551. S. 311.) kann er nicht einrücken. Denn

1) ist in diesem Falle der Enkel für keinen Notherben zu halten, wenn dessen enterbter Vater den Großvater überlebt hat. Paulus[74]) sagt dieses ausdrücklich: Si filium exheredavero, nepotemque ex eo praeteriero, et alium heredem instituero, et *supervixerit filius post mortem meam*, licet ante aditam hereditatem decesserit, *non tamen nepotem rupturum testamentum*, JULIANUS et POMPONIUS et MARCELLUS aiunt. Eben dieses bestärkt Ulpian[75]) noch durch den wichtigen Grund: *cum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecedebat.* Der Enkel ist also hier als nicht vorhanden anzusehen, dessen Vater zur Zeit des Todes des Groß-

Luc. van de POLL de exheredat. et praeterit. Cap. LXXIX. et LXXX. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 23. SCHULTING Thes. controv. c. l. §. 10. *de* COCCEJI c. l. Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 1022. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1697. not. b. Koch Bonorum possessio §. 27. S. 290. THIBAUT System des Pandekt. Rechrs 2 B. §. 810. S. 222. folg.

74) *L. 9. §. 2. D. de liberis et postum.*

75) *L. 6. pr. D. de iniusto rupt. et irr. testam.*

Großvaters noch lebt. Wie kann ihm also ein Recht zur Querel zustehen?

2) Auch der **Prätor** giebt in diesem Falle dem präterirten Enkel nicht einmahl die Bonorum possessio, wie **Paulus** [76]) bezeugt, wenn er sagt: Si quis filium, quem in potestate habuit, instituerit heredem, vel exheredaverit, et ex eo *nepotem* omiserit: *bonorum possessioni locus non est*: quia non esset nepos *suus heres* futurus. Eadem sunt et *in sequentibus gradibus*. Ja

3) **Justinian** [77]) versagt ausdrücklich dem Enkel die Querel, wenn sein Vater durch Verjährung oder Entsagung davon ausgeschlossen wurde. Vor **Justinian** hatte sich der Enkel auch nicht einmahl in dem Falle einer rechtlichen Hülfe zu erfreuen, wenn sein enterbter Vater während der Zeit, da der heres scriptus deliberirte, starb, ehe er sich zur Querel angeschickt hatte. Die Lex *Junia Velleja* konnte wenigstens dem Enkel nichts helfen, wenn der Erbe die Erbschaft nachher antrat. Denn nach diesem Gesetz rückte der Enkel nur dann in die Stelle seines Vaters ein, wenn dieser vor dem Großvater verstorben war. Allein hier hat sein Vater den Großvater überlebt. Diese Härte des ältern römischen Rechts änderte nun zwar **Justinian**, aber doch nur blos in dem bemerkten Falle ab. Hier soll der Enkel ein gleiches Recht, wie sein Vater haben, und die Querel ex persona patris sui anstellen dürfen, wenn gleich desselben Vater ohne schon gemachte Zubereitung zur Querel gestorben wäre. Es muß nur aber freylich nicht etwa der Erbe beweisen können, daß das Enkels Vater die Enterbung

76) *L. 4. §. 1. D. de bonor. possess. contra tab.*

77) *L. 34. Cod. h. t.*

ung verdient habe, oder daß derselbe wegen des ihm gebühenden Pflichttheils schon auf andere Art zufriedengestellt worden sey. Denn sonst fällt die Querel ganz weg, und der Enkel kann allenfalls nur auf die Ergänzung des Pflichttheils klagen. Weiter, als in dem bemerkten Falle, will aber auch **Justinian** selbst dem präterirten Enkel keine Hülfe angedeihen lassen, sondern es soll bey dem Alten bleiben, wonach der Enkel nicht in die Querel einrückte, wenn sich desselben Vater der Querel bey seinem Leben ausdrücklich begeben, oder derselbe das Quinqennium, seitdem der Erbe die Erbschaft angetreten, hat verstreichen lassen. Dies ist, wie ich glaube, die richtige Darstellung des wahren Sinnes der merkwürdigen Constitution des Kaisers **Justinian**, die hier alles entscheidet. Sie lautet wörtlich so: 'Si quis filium suum exheredatum fecerit, alio scripto herede; reliquerit autem ex eo nepotem vel vivum, vel in ventre nurus suae constitutum; deliberante vero scripto herede filius exheredatus decesserit, nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta, vel praeparata, omne adjutorium nepotem dereliquit: neque enim pater nepoti aliquod ius, cum decesserit, contra patris sui testamentum dereliquit: quia postea et adita est ab extraneo hereditas, et supervixit avo pater eius: ut neque ex *lege Velleia* possit in locum patris sui succedere, et rescindere testamentum. Et hoc nonnulli Jurisconsulti in medium proponentes *inhumane* reliquerunt. Sed nos — secundum quod possibile est, omnium commodis prospicientes, jubemus, *in tali specie eadem iura nepoti dari, quae filius habebat: etsi praeparatio facta non est ad inofficiosi querelam instituendam, tamen posse nepotem eandem causam*

proponere. Et si non heres apertissimis probationibus ostenderit, ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse, testamento remoto, ab intestato eum vocari, nisi certa quantitas patri eius, minor parte legitima, relicta est. Tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem [78]) repletio quartae partis nepoti superest, si qua patri eius competebat, ut perfruatur nostro beneficio, a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi *pater adhuc superstes vel repudiavit querelam, vel quinquennio tacuit, scilicet post aditam hereditatem.* Diese Constitution setzt nun außer allen Zweifel, daß wenn dem präterirten Enkel nicht ex persona patris die Transmission der Querel zu statten kommt, derselbe ex persona propria vermöge der *successionis graduum*, die ohnehin in ordine liberorum weder nach dem damaligen Civilrechte noch nach dem Edict des Prätors Statt hatte [79]), kein Recht habe, die Querel anzustellen, die sein enterbter Vater nicht anstellen wollte oder konnte. Zwar wenden unsere Gegner ein, daß das Gesetz die Frage gar nicht berühre, von welcher hier die Rede sey, nämlich ob der präterirte Enkel eines enterbten Sohns gegen das Testament seines Großvaters die Querel ex propria persona anstellen könne, sondern Justinian habe dem Enkel auch sogar erlaubt, das Testament des Großvaters ex persona patris als desselben Erbe anzufechten, wenn ihm nämlich dieses vortheilhafter wäre, z. B., wenn er etwa für seine Person die Enterbung verdient haben sollte. Nach Justinians Constitution habe nun also der Enkel des enterbten Sohns, wie

78) *L. 30. Cod. h. t.*

79) Man sehe hier meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge §. 84. u. 85.

wie sie glauben, die Wahl, das großväterliche Testament entweder *ex propria persona* oder *ex persona patris* anzufechten, je nachdem ihm dieses oder jenes vortheilhafter wäre [80]). Allein wie sehr durch diese Erklärung der wahre Sinn des Gesetzes entstellet werde, leuchtet in die Augen. Denn wie hätte wohl Justinian sagen können, *omne adiutorium nepotem dereliquisse ante suam constitutionem*, ja wie hätte Justinian den Alten der Vorzeit den Vorwurf machen können, *eos hoc inhumane reliquisse*, wenn der Enkel *ex persona propria* als proxime sequens diverso gradu in eodem ordine die Querel gegen das großväterliche Testament hätte anstellen können? Wer sollte auch glauben, daß Justinian einem Enkel hätte zu Hülfe kommen wollen, der die Enterbung verdient hat? Ueberdem gedenkt ja Justinian ausdrücklich auch eines solchen Enkels, *qui in ventre nurus suae constitutus est*. Wie läßt sich bey diesem eine gerechte Enterbung gedenken? [81]) Es ist also wohl außer Zweifel, daß Justinian in seiner Constitution als bekannt angenommen habe, daß der Enkel, dessen enterbter Vater den Großvater überlebt hat, *ex sua persona* keine Querel habe, sondern in dem vom Gesetzgeber bestimmten Falle nur durch die Transmission ein Recht, dieselbe *ex persona patris* anzustellen, erhalte, in welchem

80) REUTER in Diss. cit. §. 33. am Ende pag. 36. sagt: *Quem enim ad modum magis sua interdum interest, posse ex propria persona queri, dum ipse quidem ab officii religione nunquam declinarit, a qua recessit forsan, ex cuius persona actionem intendit; ita quoque nepoti, digno, qui exheres scribatur, expedit, non suam, sed patris immerito exclusi iniuriam vindicare, querelamque ideo etiam non praeparatam movere.*

81) Man s. SCHRADER Commentat. cit. §. 86—89.

proponere. Et si non heres apertissimis probationibus ostenderit, ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse, testamento remoto, ab intestato eum vocari, nisi certa quantitas patri eius, minor parte legitima, relicta est. Tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem[78]) repletio quartae partis nepoti superest, si qua patri eius competebat, ut perfruatur nostro beneficio, a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi *pater adhuc superstes vel repudiavit querelam, vel quinquennio tacuit, scilicet post aditam hereditatem.* Diese Constitution setzt nun außer allen Zweifel, daß wenn dem präterirten Enkel nicht ex persona patris die Transmission der Querel zu statten kommt, derselbe ex persona propria vermöge der *successionis graduum*, die ohnehin in ordine liberorum weder nach dem damaligen Civilrechte noch nach dem Edict des Prätors Statt hatte[79]), kein Recht habe, die Querel anzustellen, die sein enterbter Vater nicht anstellen wollte oder konnte. Zwar wenden unsere Gegner ein, daß das Gesetz die Frage gar nicht berühre, von welcher hier die Rede sey, nämlich ob der präterirte Enkel eines enterbten Sohns gegen das Testament seines Großvaters die Querel ex propria persona anstellen könne, sondern Justinian habe dem Enkel auch sogar erlaubt, das Testament des Großvaters ex persona patris als desselben Erbe anzufechten, wenn ihm nämlich dieses vortheilhafter wäre, z. B., wenn er etwa für seine Person die Enterbung verdient haben sollte. Nach Justinians Constitution habe nun also der Enkel des enterbten Sohns, wie

78) *L. 30. Cod. h. t.*

79) Man sehe hier meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge §. 84. u. 85.

wie sie glauben, die Wahl, das großväterliche Testament entweder *ex propria persona* oder *ex persona patris* anzufechten, je nachdem ihm dieses oder jenes vortheilhafter wäre [80]). Allein wie sehr durch diese Erklärung der wahre Sinn des Gesetzes entstellet werde, leuchtet in die Augen. Denn wie hätte wohl **Justinian** sagen können, *omne adiutorium nepotem dereliquisse ante suam constitutionem*, ja wie hätte **Justinian** den Alten der Vorzeit den Vorwurf machen können, *eos hoc inhumane reliquisse*, wenn der Enkel *ex persona propria* als proxime sequens diverso gradu in eodem ordine die Querel gegen das großväterliche Testament hätte anstellen können? Wer sollte auch glauben, daß **Justinian** einem Enkel hätte zu Hülfe kommen wollen, der die Enterbung verdient hat? Ueberdem gedenkt ja **Justinian** ausdrücklich auch eines solchen Enkels, *qui in ventre nurus suae constitutus est*. Wie läßt sich bey diesem eine gerechte Enterbung gedenken? [81]) Es ist also wohl außer Zweifel, daß **Justinian** in seiner Constitution als bekannt angenommen habe, daß der Enkel, dessen enterbter Vater den Großvater überlebt hat, *ex sua persona* keine Querel habe, sondern in dem vom Gesetzgeber bestimmten Falle nur durch die T r a n s m i s s i o n ein Recht, dieselbe *ex persona patris* anzustellen, erhalte, in welchem

80) REUTER in Diss. cit. §. 33. am Ende pag. 36. sagt: *Quem enim ad modum magis sua interdum interest, posse ex propria persona queri, dum ipse quidem ab officii religione nunquam declinarit, a qua recessit forsan, ex cuius persona actionem intendit; ita quoque nepoti, digno, qui exheres scribatur, expedit, non suam, sed patris immerito exclusi iniuriam vindicare, querelamque ideo etiam non praeparatam movere.*

81) Man s. SCHRADER Commentat. cit. §. 86—89.

war die Frage, wenn der filius emancipatus die B. P. Unde liberi nicht agnoscirte, wem dessen Antheil accrescirte, ob den nepotibus suis allein, oder auch den Stämmen der zur Succession mit gelangenden übrigen Kinder des Erblassers? Pomponius behauptet ganz recht das erstere, und betrachtet den emancipirten Sohn in dem vorliegenden Falle, als ob er gar nicht vorhanden wäre [89]). Das nämliche galt auch in dem Falle, wenn der Vater ein Testament gemacht, und darin den emancipirten Sohn präterirt hatte. Agnoscirte hier der präterirte Sohn die Bonorum possessio contra tabulas nicht, so accrescirte dessen Hälfte seinem Kinde, dem in der väterlichen Gewalt des Großvaters gebliebenen Enkel [90]). Allein in allen diesen Fällen ist ja nicht einmahl von einer Successio graduum bey der Bonorum possessio, geschweige denn bey der Querel, die Rede. Ueberhaupt liegt hier das Julianische Edict de conjungendis cum emancipato liberis eius zum Grunde, welches auch, wie Paulus [91]) lehrt, bey der Que-

emanc. liberis erhellet. S. Koch Bonor. poss. §. 8. S. 114. f. Vorher war es anders. Da gieng der Sohn *iure gradus* den Enkeln vor. *L.* 1. §. 1. *D. de B. P. c. tab.* Man sehe hier meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 75. S. 209.

89) Koch c. l. §. 27. S. 277.

90) *L.* 1. §. 2. *D. De conjung. cum emancipato filiis.*

91) *L.* 23. *pr. D. h. t.* Si ponas filium emancipatum praeteritum, et ex eo nepotem in potestate retentum heredem institutum esse: filius potest contra filium suum, testatoris nepotem, petere bonorum possessionem: queri autem de inofficioso testamento non poterit. *Quod si exheredatus sit filius emancipatus: poterit queri: et ita jungetur filio suo, et simul cum eo hereditatem obtinebit.*

Querel Statt hatte, wenn der emancipirte Sohn war enterbt worden. Diese Concurrenz fällt aber nun ohnehin nach der Nov. 118. auch in der testamentarischen Succession weg, wie Herr Kanzler Koch [92]) sehr richtig bemerkt hat, und der Sohn geht seinem Kinde, dem Enkel, in allen Fällen vor [93]). Es ist also wohl außer Zweifel, daß in ordine descendentium keine Successio graduum bey der Querel Statt finde. Allein fällt sie auch in der Linie der Ascendenten weg? Hier schwanken selbst diejenigen [94]), welche in Absicht auf den ersten Fall mit mir übereinstimmen. Wir wollen jetzt diesen andern Fall genauer erörtern.

II) Ein Sohn hat seinen Vater enterbt oder präterirt. Der Vater will oder kann die Querel nicht anstellen. Kann nun der Großvater in die Querel einrücken? Schrader [95]) unterscheidet, ob der entferntere Ascendent durch den näheren, welcher die Querel nicht anstellen wollte, mit dem Verstorbenen verbunden ist, oder nicht. Im erstern Falle giebt er zu, daß in Ansehung des entferntern Ascendenten keine Succession in der Querel Statt finde; allein im letztern Falle trägt er kein Bedenken, eine solche Succession darum anzunehmen, weil die entfernteren Ascendenten gleichsam eine eigne Classe bilden, da sie nie mit den näheren zusammentreffen. Allein dieser Unterschied ist ganz ungegründet. Das Daseyn des Vaters, welcher den Testirer überlebt hat, steht eben so wohl jedem entfernteren

 Ascen-

92) Bonor. possessio. §. 8. S. 118.

93) Man sehe §. 543. im 6. Th. dieses Commentars S. 597.

94) J. B. SCHRADER in Commentat. cit. §. 93.

95) Cit. Commentat. §. 91—93.

Ascendenten im Wege, als das Daseyn des Sohnes dem Enkel des Verstorbenen. Es ist hier durchaus der nämliche Grund. Die Idee, daß die entfernteren Ascendenten eine eigene Classe bilden, ist den Gesetzen nicht gemäß. Diese nehmen nur drey Classen an, und dabey muß man auch, um Willkühr zu verhüten, und Mißdeutungen vorzubeugen wörtlich stehen bleiben [96]). Ganz richtig sagt daher Anton Faber [97]): Praeferetur frater avo in querela, non tanquam potior in successione, si inter avum et fratrem res agatur, sed *quia nullus potest locus esse avo in successione nepotis*, *quamdiu avum pater praecedit*: sicut nec nepoti in successione avi, quamdiu nepotem pater antevertit.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß der enterbte oder präterirte Notherbe, um das Testament als pflichtwidrig umstoßen zu können, den Testirer überlebt haben müsse [98]). Denn wenn er vor demselben verstorben ist, so fällt die Querel weg, und der im Testament eingesetzte Erbe ist Civilerbe, wenn das Testament nach dem Civilrechte gültig ist; oder Bonorum possessor, wenn das Testament nach dem prätorischen Rechte gilt, so daß darauf die B. P. secundum tabulas gesucht werden kann [99]). Der auf den enterbten oder präterirten Notherben folgende Civil- oder präto-

96) Man sehe hier die Bibliothek kleiner iurist. Schriften 3. Band pag. 576. Not. *)

97) De errorib. Pragmaticor. Decad. XXIX. Err. 5. pag. 181.

98) Koch Bonor. possessio §. 28. S. 311. folg.

99) *L. 12. D. de iniusto rupt. et irr. testam.* Man s. auch die Rechtsfälle und Abhandlungen von Geiger und Glück. 3. Band. S. 22.

prätorische Intestaterbe kann in dem Falle, wenn so-gar das Testament nach dem Civilrechte gültig ist, dasselbe nicht mit Hülfe der Person des enterbten oder präterirten, vor dem Testirer verstorbenen, Notherben umstossen, weil solcher eben deswegen, weil er schon vor dem Testirer gestorben ist, kein Erbrecht erlangt hat; ihn selbst aber, als Civil- oder prätorischen Intestat-Erben betrachtet, das nach dem Civilrecht gültige Testament ausschließt, indem die causa testati der causae intestati vorgeht [100]). Es ist hier aber freylich vorauszusetzen, daß der auf den, vor dem Testirer verstorbenen Notherben folgende Intestaterbe nicht ebenfalls ein Notherbe sey. Denn dieser könnte nun, wenn er ebenfalls auf diesen Fall enterbt, oder aber gleichfalls präterirt seyn sollte, aus eigner Person das Testament anfechten [1]). Z. B. Ein Vater hat seinen Sohn enterbt. Der Sohn stirbt vor dem Vater, und beym Ableben des Testirers lebt noch dessen Vater, welcher nun der Notherbe ist. Dieser kann nun, wenn er in dem Testament ebenfalls eventualiter enterbt, oder gar präterirt ist, ex propria persona die Querel anstellen.

Wenn die Mutter ein Kind enterbt oder präterirt hat, welches noch unter väterlicher Gewalt ist, so kann der filiusfamilias nach dem römischen Rechte die Querel ohne Einwilligung des Vaters *suo nomine* nicht anstellen [2]); son-

100) *L. 39. D. de acquir. vel omitt. hered.*

1) Kochs Bonor. possessio §. 28. S. 312. folg.

2) *L. 9. D. de obligat. et action.* Es trat hier ehemals noch ein besonderer Grund ein. Durch die Querel ward das Testament aufgehoben, nun konnte der filiusfamilias die ihm *ex SCto*

dern der Vater muß filii sui nomine klagen. Jedoch darf auch der Vater die Klage nicht ohne des Sohns Einwilligung erheben, weil durch die Ausschließung doch nur zunächst der Sohn beleidiget worden, wie Ulpian [3]) aus Papinians Quästionen anführt, wo er sagt: Inofficiosi querelam patrem filii sui nomine instituere non posse, invito eo; *ipsius enim iniuria est.* Ja, Papinian behauptet sogar

SCto Orphitiano zugefallene Erbschaft seiner Mutter ohne Einwilligung des Vaters nicht antreten, um dem Vater seine Schuldenlast auf den Hals zu laden. *L. 6. pr. et §. 2. D. de acq. vel omitt. hered.* Daß jedoch nach dem neuern röm. Recht, nach welchem dem Vater nur der Nießbrauch zukommt, der Sohn die ihm zugefallene Erbschaft auch gegen den Willen des Vaters auf seine Gefahr antreten könne, ist bekannt. *L. ult. §. 1. C. de bon. quae lib.* S. FINESTRES Commentar. ad Tit. Pand. de acquir. vel omittenda hereditate P. II. Cap. 5. §. 43.

3) *L. 8. pr. D. h. t.* Daß diese Stelle nicht von einem emancipirten Sohn, wie *Gilb.* REGIUS Εναντιοφαν. iuris civ. Lib. I. cap. 17. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1438.) irrig annimmt, sondern vielmehr von einem von seiner Mutter präterirten filiofamilias zu verstehen sey, hat schon Cujaz Observation. Lib. IX. cap. 14. ganz richtig erinnert.

4) POTHIER in Pandect. Justin. Tom. I. h. t. nr. XI. not. c. pag. 190. führt noch einen andern Grund an, warum die Einwilligung des Sohns erfordert wird, wenn der Vater in desselben Namen die Querel anstellen will. *Nimirum qui querelam movet*, sagt er, *hereditatem sibi quasi intestati vindicat; atqui etiamsi persona, adversus cuius testamentum querela movetur*, (puta *mater*) *intestata decessisset, pater non potuisset per filium hanc hereditatem acquirere sibi, invito filio. Oportuisset enim, ut iussu patris filius hereditatem adivisset.* Es hat allerdings seine Richtigkeit, daß der Sohn auch ehemals

sogar, wie Ulpian weiter aus ihm recitirt, daß, wenn der Sohn stirbt, nachdem zur Anstellung der Querel schon alle vorbereitende Anstalten getroffen waren [5]), der Vater nun die Klage nicht weiter anstellen könne, *quae non patri, sed nomine dabatur filii* [6]). Denn wenn gleich sonst die Querel nach geschehener Zubereitung auf die Erben übergeht [7]), so trat doch hier der besondere Grund ein, daß nach dem ältern Rechte der Vater nicht Erbe seines filiifamilias wurde, sondern desselben Vermögen *peculii et potesta-*

mals, da der Vater durch ihn unbedingt acquirirte, nicht genöthigt werden konnte, eine ihm angefallene Erbschaft wider seinen Willen anzutreten. *L. 6. §. 7. D. de acquir. vel omitt. heredit. L. 11. Cod. de iure delib.* Westphals Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente rc. §. 150. Allein dieser Grund fällt jetzt weg. Demohngeachtet kann der Vater auch selbst nach dem neuern Rechte nicht ohne des Sohns Einwilligung klagen. *L. 8. §. 3. C. de bonis quae liberis.* Vid. *Aemil. Lud.* HOMBERGK zu Vach Diss. de diuerso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate. §. 7.

5) Papinian sagt *post agnitam litis ordinandae gratia possessionem.* Von dieser Bon. possessio ist oben §. 551. Not. 10. S. 291. gehandelt worden. Man sehe auch nach *Vigl.* ZUICHEMI Commentar. in decem Titulos Institution. iuris civ. (*Basiliae* 1534. f.) h. t. §. 2. pag. 177. seq.

6) In den *Basilicis* Tom. V. pag. 197. lautet die Stelle nach Fabrots Uebersetzung so: *Pater nomine filii, invito filio, non agit querela inofficiosi testamenti. Etiam si filius, lite praeparata, decesserit, pater eam, quae filio competebat, non intendit querelam inofficiosi testamenti.*

7) *L. 6. §. 2. D. h. t. L. 5. Cod. eodem.* Westphal von Testamenten §. 1027.

potestatis iure behielt, nicht anders, als ob es gleich Anfangs sein Eigenthum gewesen wäre [8]). Da nun aber nach Einführung der Adventizien der Vater, wegen des ihm gebührenden Nießbrauchs, bey der Querel des Sohns, ein nicht geringes eigenes Interesse hat; da ferner die Mutter dem Vater den Nießbrauch, der ihm insonderheit an dem Pflichttheile der Kinder zukommt, auf keine Weise entziehen darf, wie oben [9]) gezeigt worden ist; da endlich nach dem neuesten Rechte der Vater den Kindern in die bona adventitia als Erbe succedirt [10]); so behauptet Jacob Voorda [11]) nicht ohne Grund, daß der Vater, dem Geist des neuern Rechts gemäß, die von seinem Sohn zubereitete Querel, als desselben Erbe, fortsetzen könne [12]).

§. 555.

Wenn hat die Querela inoff. test. Statt? Wem liegt bey dieser Klage der Beweis ob?

Soll nun die Querel des pflichtwidrigen Testaments Statt finden, so ist es eine wesentliche Bedingung derselben,

8) S. den 2. Theil dieses Commentars §. 129. S. 208. Man s. auch *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. Centur. VIII. Q. 29.

9) S. §. 546. im 1. Abschn. dieses 7. Theils S. 80—84.

10) *L. ult. C. Commun. de Success. L. 6. §. 1. Cod. de bonis quae lib. Nov. 118. cap. 2.*

11) Interpretat. et Emendat. iur. Rom. (*Traj. ad Rhen.* 1768. 8.) Lib. II. cap. 14.

12) Hierin stimmen auch überein Westphal von Testamenten §. 1030. und Hook Lehre von der Enterbung. §. 24. S. 75.

ben, daß der Kläger zwar *rite* aber *inique* ausgeſchloßen worden ſey. Juſtinian [13]) ſagt ausdrücklich: De inofficioſo teſtamento agunt liberi, qui queruntur, aut *inique* ſe exheredatos aut *inique* praeteritos. Hierin ſtimmen auch alle Syſteme der Rechtsgelehrten mit einander überein [14]). Nur in der näheren Beſtimmung des Falles ſelbſt weichen ſie von einander ab. Diejenigen, welche mit **Schneidt** die Inofficioſitätsklage in Anſehung der Kinder und Eltern ins Exilium verwieſen haben, ſchränken dieſen Fall blos auf Geſchwiſter ein, wenn ihnen der Teſtirer ohne eine gegründete Urſache eine ehrloſe oder verächtliche Perſon vorgezogen hat, ohne ſie wegen des ihnen auf dieſen Fall gebührenden Pflichttheils auch nur im mindeſten, es ſey unter den lebendigen, oder auf den Todesfall, entſchädiget zu haben. Diejenigen hingegen, welche mit unſerm Verfaſſer das Nullitätsſyſtem des neuen Rechts vertheidigen, laſſen blos dann die Querela inofficioſi zu, weil zwar eine rechtmäßige Urſache der Enterbung im Teſtamente ausgedruckt, ſelbige aber nicht erweislich iſt. Dieſe ſagen, von der Wahrheit oder Nichtwahrheit der Enterbungsurſache iſt die Inofficioſitätsquerel abhängig, und blos darauf iſt ſie berechnet. Hingegen die Unterlaſſung der Angabe einer rechtlichen Enterbungsurſache im Teſtament begründet nicht dieſe, ſondern die Nullitätsquerel des neuen Rechts. Denn die Anführung einer Ausſchließungsurſache gehöre offenbar zu der in der Novelle 115. vorgeſchriebenen Form der Ausſchlie-

13) *Princ. I. h. t.*

14) S. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de ſucceſſionib. §. 141. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1692. u. a. m.

schließung, und was gegen die Form ist, sey nach *L. 5. Cod. de Legib.* null. Allein beyde Systeme haben oben ihre Abfertigung erhalten, wo deutlich gezeigt worden ist, daß der ganze Geist der Novelle 115. ausschließlich auf Inofficiosität berechnet, und nach eben diesem Geiste die Anführung einer rechtlich erheblichen Beleidigungsursache nichts weniger als formel sey. Die innere Rechtsgeschichte und die Philosophie begründen vollends das von mir oben vertheidigte reine Inofficiositätssystem so fest, daß das ohnehin schon in seiner Blöße dargestellte Nullitätssystem nun ganz in sein Nichts zerfallen muß. Diesen neuen rechtlich psychologischen Beweis für die ausschließliche Richtigkeit des reinen Inofficiositätssystems hat neuerlichst Franz Schöman, deßen Buch [15]) ich gerade jetzt zu erhalten das Vergnügen habe, so bündig dargelegt, daß ich zur mehreren Ueberzeugung meiner Leser einige seiner Gedanken hier aufzunehmen keinen Anstand finde. Die gekränkte Sensation, sagt er, das beleidigte Gefühl ist an und für sich blos innerlich, von der größeren oder geringeren Empfindsamkeit des Beleidigten abhängig, und dem äußerlichen Beobachter desselben nie mit Zuverläßigkeit und meistens gar nicht erkennbar. Noch weit weniger ist es an und für sich ein Gegenstand der Aussenwelt und der äußerlichen Beobachtungsphäre, ob der Beleidigte die ihm zugefügte Kränkung dem Beleidiger wieder verziehen hat, oder nicht? Beyde Puncte bleiben, so lange der Gekränkte nicht äußerlich seine desfallsigen Ge-

sinnun-

15) Handbuch des Civilrechts von D. Franz Schömann. 1. Band. Giesen und Wetzlar 1806. 8. Nr. IV. S. 139. folgg.

Innungen erklärt hat, auch dem forschendsten Blicke des Dritten ein undurchdringliches Geheimniß, — und doch ist es gerade diese an und für sich geheimnißvolle individuelle Beleidigung, es ist gerade die durch undankbares Benehmen des Pflichttheilsberechtigten gekränkte, aber an und für sich der Gesetzgebung sowohl als dem Richter unerforschliche Sensation des ausschließenden Testators, welche die Unstatthaftigkeit der Inofficiositätsklage großentheils bedingt. Mag der eingesetzte Erbe immerhin das schlechte Benehmen des ausgeschlossenen Pflichttheilsberechtigten gegen den Testator noch so mannigfaltig darthun, mag er den Ausgeschlossenen des gröbsten Vergehens gegen seinen Erblaßer überführen, mag er hierdurch den Richter selbst als Menschen gegen den Ausgeschlossenen noch so sehr einnehmen; hat er hiermit auch gezeigt, daß der Testator beleidiget war? hat er erwiesen, daß derselbe, wenn er sich auch anfangs wirklich beleidigt fand, das undankbare Benehmen dem Beleidiger, der zumal sein naher Blutsfreund ist, nicht wieder, vielleicht noch kurz vor seinem Tode, verzieh? Gewiß nicht!

Aus diesen Gründen forderte dann schon die ältere Gesetzgebung ganz vernünftig, daß der Testator wenigstens im Allgemeinen das schlechte Benehmen des Ausgeschlossenen gegen ihn im Testamente ausdrücklich rügte, und ohne diese ausdrücklich im Testamente enthaltene Aeußerung achtete sie eben so vernünftig allen Beweis des eingesetzten Erben über das pflichtvergessene Verhalten des Ausgeschloßenen gegen den Testator für unzuläßig und unnütz, wenn zumal der Notherbe im Testament mit Etwas, sey es auch noch so

wenig

wenig gewesen, bedacht war [16]). Allein vor der Novelle 115. waren noch keine gewisse Enterbungsursachen gesetzlich bestimmt. Ein weiter Spielraum blieb daher sowohl der sich gekränkt fühlenden Sensation des Erblassers, als dem entscheidenden Spruche der Richterstühle offen, und es war demnach eine handgreifliche Lücke der Gesetzgebung, daß dem Testator nicht wenigstens die specielle Angabe eines Beleidigungsgrundes im Testament vorgeschrieben ward. Denn es leuchtet in die Augen, daß bey einer solchen allgemeinen Angabe der eingesetzte Erbe leicht eine Ursache erweisen kann, welche gerade gar nicht den Testator gekränkt, oder die er längst seinem Blutsfreunde wieder verziehen hatte, und im Gegentheile ist vielleicht gerade die Ursache, welche den Erblasser wirklich gekränkt, und welche er auch nicht wieder verziehen hatte, blos unerhebliche Chimäre; und so würde denn stets zu befürchten seyn, daß dem Erblasser eine Empfindlichkeit vom Richter angedichtet werde, von welcher derselbe gar nichts wußte, und dem Ausgeschlossenen, dem die wahre, aber unerhebliche Empfindlichkeit des Testators nicht schaden konnte, durch die demselben angedichtete Empfindlichkeit häufig das höchste Unrecht zugefügt werden. Hört man wohl nicht auch

16) Einen sehr interessanten Beleg hierzu liefert die Stelle in der *L. 30. C. h. t.* wo es heißt: Liceat his personis, quae testamentum quasi *inofficiosum*, vel *alio modo subvertendum* queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est, ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere: si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, *cum eos scilicet ingratos circa se fuisse dixerit testator*; — *nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare, et huiusmodi quaestionem introducere.*

noch in unsern Tagen heilbesorgte Eltern sprechen, daß mein Sohn einen alten Spitzbuben gescholten, ja nach geschlagen und mir eine Ohrfeige gegeben hat, will ich gern verzeihen; aber daß er nun auch seine Religion ge-ert, und zur katholischen übergegangen ist, das kann ich nie verzeihen, dieserwegen verdient er von mir enterbt werden? So wie nun Justinian, um einer vielleicht ertriebenen Empfindlichkeit der Testatoren, und zugleich vagen Richterwillkühr für die Zukunft bestimmte Schran-zu setzen, die Festsetzung gewisser ein für allemal bestimm-rechtlich hinlänglicher Beleidigungs- oder Ausschließungs-achen für höchst wichtig und nöthig hielt, welche er in An-ung der Eltern und Kinder in der 115. Novelle be-mmte; so war es ihm nun auch aus dem angeführten runde nicht mehr genug, wenn der Testirer blos im All-meinen erklärte: der Ausgeschlossene habe ihn eleidiget. Nein, — er sollte nun auch jedesmal eine er gesetzlich bestimmten Ursachen im Testament pecieIl benennen, wodurch er sich von dem Ausge-chlossenen gekränkt erachtete. Hieraus erklärt ich denn der wahre Sinn der Schlußworte des 3. Kap. ener 115. Novelle: *ne liberi falsis accusationibus condemnentur, vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur;* welche ohne Zweifel auf jene psychologische Ansicht der Sache hindeuten. Hieraus läßt sich nun auch ferner erst richtig bestimmen, wenn der Ausgeschlossene für *inique* enterbt oder präterirt zu achten sey. Dies ist nämlich

1) in Ansehung der pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten der Fall, wenn entweder der Testator gar keine, oder keine rechtmäßige Enterbungsursa-

 che

che im Testamente speciell angeführt hat, so daß der eingesetzte Erbe nicht einmahl zum Beweis einer gegen den Testator zu Schulden gebrachten, wenn gleich rechtlich erheblichen, Undankbarkeit gelassen wird; oder aber der Testator zwar eine gesetzlich bestimmte Ursache im Testament speciell angeführt hat, die aber der eingesetzte Erbe nicht erweisen kann.

2) In Ansehung der Geschwister aber, wenn ihnen der Testirer eine schändliche Person entweder ohne Ursache vorgezogen hat, oder die Wahrheit der von dem Testirer speciell angeführten Ursache von dem Erben nicht erwiesen werden kann.

Hieraus entscheidet sich ferner nun auch die Frage, wer bey der Querel des pflichtwidrigen Testaments den Beweis führen müsse? Hier ist,

1) wenn Kinder oder Eltern diese Klage anstellen, zu unterscheiden, ob die Querel darauf gegründet wird, daß die Ausschließung des Klägers ohne Anführung einer gesetzmäßigen Ursache im Testamente geschehen sey, oder darauf, daß die im Testament angeführte Beleidigungsursache unwahr sey. Im ersten Falle ist die Klage unbedingt gegründet, und das Testament muß aus den schon oben angeführten Gründen rescindirt werden, ohne daß der Erbe mit dem Beweis, der Kläger habe die Enterbung verdient, gehört wird. Denn schon um deswillen allein ist die Ausschließung für pflichtwidrig zu halten, daß der Testator entweder gar keine, oder keine rechtlich gebilligte Beleidigungsursache im Testament angeführt hat [17]). In dem letz-

17) S. MENCKEN Introd. in doctr. de actionibus for. Sect. III. cap. II. membr. III. §. 13. et 14. pag. 371.

letztern Falle hingegen muß der Erbe die Wahrheit der Enterbungsursache beweisen. Denn nach der Novelle 115. hat der Kläger ein erworbenes Recht, nicht ohne Anführung einer in diesem Gesetz gebilligten und in der Wahrheit gegründeten Ursache von der Erbschaft ausgeschlossen zu werden. Die Gültigkeit der Ausschließung hängt also von der Wahrheit der angeführten gesetzlichen Enterbungsursache ab. Diese muß folglich der Erbe darthun, wenn das sonst begründete Erbrecht des Klägers nicht Statt finden soll [18]). **Justinian** sagt dieses auch selbst ausdrücklich am Ende des 3. Kap. der 115. Novelle, wo es nach **Hombergks** Uebersetzung heißt: Itaque sive omnes dictas ingratitudinis causas, sive eas, quae ex illis manifestae sunt, sive unam parentes in suo testamento scripserint et *scripti heredes expressam, vel expressas vel unam ex illis veram esse ostenderint*, testamentum vim suam habere iubemus. Eben dieses wiederholt **Justinian** im 4. Kap. auch bey der Querel der Eltern. Wenn hingegen

2) **Geschwister**, denen der Testirer eine schändliche Person vorgezogen hat, die Querel anstellen, so bleibt es hier in Absicht auf das Beweisverfahren ganz bey dem ältern römischen Rechte, welches schon oben (§. 551. S. 319.) gelehrt worden ist [19]). Die Ideen der Rechtsgelehrten sind zwar hierüber sehr abweichend.

 Einl-

18) S. **Weber** über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Kap. VI. Nr. 26. S. 266.

19) Man vergleiche STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 13. STRUVII Syntagm. iur. civ. Exerc. X. Th. 18. BOEHMER Iur. Dig. Tit. de lib. et postum. §. 31. *Christ. Frid. Ben.* HOMMEL Dis. de differentiis inter querelam inofficiosi, quae parentibus ac liberis, et

Einige [20]) behaupten, die ausgeschlossenen Geschwister müßten zwar jederzeit beweisen, daß der eingesetzte Erbe eine infame oder verächtliche Person sey, sofern es nicht schon an sich notorisch ist; keineswegs aber brauchten sie einen weitern Beweis von ihrem Wohlverhalten gegen den Erblasser und von der Ungerechtigkeit der Ausschließung zu führen. Eben so wenig werde aber auch der Erbe zum Beweis einer gerechten Ursache gelassen. Denn in diesem Falle, da nämlich den Geschwistern eine turpis persona ist vorgezogen worden, könne die Ausschließung derselben durch gar keine Ursache gerechtfertiget werden. Allein diese Meinung beruhet auf einer falschen Voraussetzung, welche schon anderwärts [21]) widerlegt worden ist.

Andere [22]) hingegen halten es wenigstens für billig, die Verordnung der Novelle 115. auch mit auf die Geschwi-

et quae fratribus competit. *Erfordiae* 1773. §. 8. und Westphal von Testamenten §. 570. am Ende S. 435.

20) *Jo. Henr.* FUCHS in Diss. de impugnatione testamenti fraterni per querelam inoff. *Carl. God.* MADIHN ad *Menckenii* doctr. de actionib. forens. not. 1188. pag. 371. und MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 231.

21) S. §. 551. S. 208. folg.

22) *Mich. Henr.* GRIEBNER in Diss. Utrum fratres, instituta querela inofficiosi testamenti, probare teneantur, se non fuisse ingratos? *Vitembergae* 1770. (in *Opuscul.* Halae 1722. 4. edit. Tom. V. Sect. II. pag. 21. seqq.) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. XCIII. Cor. 1. *Jo. God.* BAUER Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis. §. 19. *Car. Frid.* PAELICKE Diss. de erroribus quibusd. circa querelam inoff. testam. Err. IX. SCHORCH in Diss. Quaestion. speciales circa inoff.

ſchwiſter auszudehnen, weil nach dieſem Geſetz ein Teſtament nur dann für pflichtwidrig zu halten ſey, wenn der eingeſetzte Erbe eine zu Schulden gebrachte Undankbarkeit des ausgeſchloſſenen Notherben gegen den Teſtirer nicht zu erweiſen vermag. Dieſer Grund paſſe auch auf die ausgeſchloſſenen Geſchwiſter. Ueberdem ſtreite für ſie die allgemeine Rechtsvermuthung: *quilibet praeſumitur bonus, donec brobetur contrarium.* Man könne ihnen auch nicht zumuthen, den Beweis einer directen Verneinung, nämlich daß ſie die Ausſchließung auf keine Weiſe verdient hätten, zu übernehmen, von welchem ſie die Geſetze ſelbſt freyſprächen, welche ausdrücklich ſagen: *quod per rerum naturam factum negantis probatio nulla ſit* [23]). Und da die Querel den Geſchwiſtern ohnehin nur gegen einen ſolchen Erben zuſteht, der mit einer Infamie oder Anrüchtigkeit behaftet iſt, ſo würde es die größte Ungerechtigkeit ſeyn, wenn man einen ſolchen Beklagten favoriſiren, und dagegen dem ohnehin ſchon ſo ſehr gekränkten Kläger einen faſt unmöglichen Beweis aufbürden wollte.

Allein daß bey den Geſchwiſtern ein gleicher Grund, wie bey den Kindern und Eltern, vorhanden ſey, um die Novelle 115. auf ſie auszudehnen, läßt ſich nicht behaupten. Denn bey den Geſchwiſtern genügt die bloße Ueberge-hung,

inoff. teſtamentum cont. §. 11. Stein von pflichtwidrigen Teſtamenten §. 34. S. 145. ff. und GAMBSJAEGER in Comm. de teſtamento in genere, in ſpecie inofficioſo P. IV. §. 4. Not. 19. pag. 62.

23) *L. 2. D. de probat. L. 23. C. eodem. L. 10. C. de non num. pecun. Cap. 11. X. de probat. Cap. 5. X. de renunciat. Cap. 23. X. de election.*

hung, um das Testament stricto iure bestehen zu lassen, und es ist kein Gesetz vorhanden, welches dem Testirer zur Pflicht gemacht hätte, eine Ursache der Undankbarkeit im Testament speciell anzuführen, wie Lucas van de Poll [24]) sehr richtig erinnert hat. Ferner soviel die Regel: quilibet praesumitur bonus etc. anbetrift, so ist dieselbe von der Art, daß zwar Jedermann fühlt, sie enthalte etwas Wahres, aber auch Jedermann zugleich fühlt, daß in den meisten Fällen ihre Anwendung nicht Statt findet, wie Schneider [25]) und Weber [26]) aus mehreren Beyspielen überzeugend dargethan haben. Es ist wahr, daß Jeder, dem Pflichtwidrigkeiten vorgeworffen werden, hierüber einen Beweis erwarten darf, da es ungerecht und vernunftwidrig seyn würde, ohne diesen Beweis dergleichen schon als wahr anzunehmen. Daher legt auch schon das ältere Recht [27]) dem Beklagten bey der Inofficiositätsklage den Beweis auf, wenn eine Beleidigungsursache im Testament angeführt worden, deren Wahrheit der Ausgeschlossene läugnete. Allein eben so gewiß ist es auch, wie Weber [28]) sehr gründlich bemerkt, daß die vermeinte Vermuthung für das Pflichtmäßige Niemanden vom Beweise befreyen kann, der ihn sonst führen muß. Dies ist nun aber bey den Geschwistern ohnstreitig der

24) De exheredat. et praeterit. Cap. 64. §. 2.

25) Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise (Giesen und Darmstadt 1803. 8.) 2. Abthl. Anmerk. VIII. S. 429. folg.

26) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. Abth. V. Nr. 9. S. 131. folg.

27) *L. 22. et L. 28. in fin. Cod. h. t.* (S. §. 551. S. 265.)

28) Am angef. Orte S. 134. a. E.

der Fall, wenn die Ausschließung derselben, ohne Anführung einer Ursache, im Testamente geschehen, und ihnen eine persona turpis vorgezogen worden ist. Hier lag dem Ausgeschlossenen, welcher die Inofficiositätsklage anstellte, nach dem ältern Rechte der Beweis ob, *immerentem se, et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum*, wie **Marcellus** [29]) sagt, und dieses ältere Recht ist in Ansehung der Geschwister durch die Novelle 115. nicht abgeändert worden. Allein auf solche Art müßten ja, sagt man, die Geschwister den Beweis einer directen Verneinung übernehmen! und, wie ich glaube, mit Recht. Denn sie setzen ja den Grund der Klage darin, sie hätten diese Zurücksetzung nicht verdient. Nun muß, wie **Gönner** [30]) ganz richtig sagt, jeder seine Behauptung, sein factisches Vorbringen, ohne welches sein Recht vom Richter nicht anerkannt werden kann, beweisen, und es gilt kein Unterschied, ob das factische Vorbringen ein bejahender oder verneinender Satz ist. Es läßt sich auch mit Grund nicht behaupten, daß der Beweis, den die Gesetze [31]) selbst dem Kläger auflegen, an sich unmöglich sey, und der Satz, *quod factum negantis per rerum naturam probatio nulla sit*, steht hier offenbar am unrechten Orte, und ist ganz mißverstanden.

 Denn

29) *L.* 3. *et* 5. *D. h t. L.* 28. *Cod. eod.* **Westphal** von Testamenten §. 570. S. 434. folg.

30) Handbuch des deutschen gemeinen Prozeßes 2. Band Nr. XXXVII. §. 18. S. 270. Man sehe auch **Weber** a. a. O. S. 196. folg.

31) *L.* 5. *D. h. t.* sagt: Verbi *de inofficioso* vis illa est: *docere immerentem se, et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum.*

Denn dies heißt nicht, daß eine Verneinung [illegible] rum naturam nicht beweisen lasse, und daß als[illegible] der einen verneinenden Satz behauptet, eben dar[illegible] lem Beweise frey sey. Dieses würde ungereimt [illegible] auch andern gesetzlichen Vorschriften [32]) widersprech[illegible] Sinn jenes Satzes ist vielmehr nur der, daß demjen[illegible] eine gegen ihn angeführte Thatsache [illegible] tet, nach der Natur der Dinge kein Beweis oblieg[illegible] aber rechtlich genügende Beweise einer Verneinung al[illegible] sowohl direct, als indirect geführt werden können, [illegible] mit Grund gar nicht bezweifeln, und ist schon von ande[illegible] hinlänglich gezeigt worden. Ueberdem darf ja der über[illegible] ne Bruder, wie **Wernher** [34]) ganz recht bemerkt, nu[illegible] Beweis auf sein Betragen gegen den Test[illegible] richten, und kann hier der Zeugenbeweis in vorkomme[illegible] Fällen keine Dienste leisten, so bleibt ja doch immer noch Eidesdelation übrig, deren Zuläßigkeit bey verneinenden S[illegible]

32) *L.* 15. *L.* 25. *D. de probat. L.* 11. *C. eodem. L.* 5. *C de iniur. L.* 5. *C. de codicill. L.* 13. *C. de non num. pecun.* Man sehe *Ge. Mich. de* MEZGER Diss. de onere probandi et causis, quae litigantem ab eo immunem reddunt. *Altdorfii* 1800. §. 26. und 27.

33) S. *de* COCCEJI Diss. de directa probatione negativae *Wolfg.* TRIER Diss. de onere probandi negantibus incumbente. Westphal vom rechtlichen Beweise einer Verneinung. *Halle* 1783. de MEZGER in Diss. cit. §. 28. et 29. und besonders Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 189. folg.

34) Lectiss. commentation. in Pandect. P. II. Lib. XXIIX. Tit. 2. §. 31.

so wenig, als bey bejahenden, einem gegründeten Zweifel unterworfen ist [35]).

§. 556.

Gegen wen wird die Querela inofficiosi angestellt?

Die Querel des lieblosen Testaments wird zwar zunächst gegen den eingesetzten Erbe angestellt, sie findet aber auch gegen einen jeden andern Statt, welcher an dessen Stelle tritt, er sey desselben Erbe [36]), oder auch der Fiskus selbst, welcher z. B. dem Testamentserben wegen seiner Unwürdigkeit die Erbschaft entzogen hat [37]). Denn der Fiskus tritt

 in

35) *L. 25. §. 3. D. de probat.* S. *de* MEZGER cit. Diss. §. 29. pag. 32. und besonders Weber im angef. Buche S. 194. folg.

36) *Luc. van de* POLL. de exheredat. et praeterit. Cap. 82. §. 7.

37) *L. 10. C. h. t.* Si heredum Quintiniani, quem patrem tuum esse dicis, adversus quos de inofficioso testamento acturus eras, iure successionis bona ad fiscum pertinent, vel ipsius Quintiniani bona, utpote vacantia, fiscus tenet; causam apud Procuratorum nostrum agere potes. Anton Faber in Conjectur. iuris civ. Lib. XVII. cap. 2. findet hier Schwierigkeiten, und hält die Worte: *utpote vacantia* für unächt, und widersinnig. Der Fall, sagt er, wäre wohl möglich gewesen, daß die Güter des Quintinians dem Fiscus verfallen seyn konnten, wenn gleich die Erben desselben die Erbschaft schon angetreten hatten. Man dürfe sich nur den Fall denken, quod heredes instituti ea ipsa bona incapaci alicui ex fideicommisso tacito restituere rogati probarentur. Allein denn seyen doch diese Güter nicht als *vacantia* eingezogen worden. Auch Westphal von Testamenten §. 1034. S. 769. kann nicht begreifen, wie der Fiscus des Quintinians Güter als vacantia habe an sich nehmen können. Denn hat er seinen Sohn enterbt, so muß

Denn dies heißt nicht, daß eine Verneinung sich, per rerum naturam nicht beweisen lasse, und daß also derjenige, der einen verneinenden Satz behauptet, eben darum von allem Beweise frey sey. Dieses würde ungereimt seyn, und auch andern gesetzlichen Vorschriften [32]) widersprechen. Der Sinn jenes Satzes ist vielmehr nur der, daß demjenigen, der eine gegen ihn angeführte Thatsache bestreitet, nach der Natur der Dinge kein Beweis obliege. Daß aber rechtlich genügende Beweise einer Verneinung allerdings sowohl direct, als indirect geführt werden können, läßt sich mit Grund gar nicht bezweifeln, und ist schon von andern [33]) hinlänglich gezeigt worden. Ueberdem darf ja der übergangene Bruder, wie Wernher [34]) ganz recht bemerkt, nur den Beweis auf sein Betragen gegen den Testirer richten, und kann hier der Zeugenbeweis in vorkommenden Fällen keine Dienste leisten, so bleibt ja doch immer noch die Eidesdelation übrig, deren Zuläßigkeit bey verneinenden Sä-
ßen

32) *L. 15. L. 25. D. de probat. L. 11. C. eodem. L. 5. C. de iniur. L. 5. C. de codicill. L. 13. C. de non num. pecun.* Man sehe *Ge. Mich. de* MEZGER Diss. de onere probandi et caussis, quae litigantem ab eo immunem reddunt. *Altdorfii 1800.* §. 26. und 27.

33) S. *de* COCCEJI Diss. de directa probatione negativae *Wolfg.* TRIER Diss. de onere probandi negantibus incumbente. Westphal vom rechtlichen Beweise einer Verneinung. Halle 1783. de MEZGER in Diss. cit. §. 28. et 29. und besonders Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 189. folg.

34) Lectiss. commentation. in Pandect. P. II. Lib. XXIIX. Tit. 2. §. 31.

ßen so wenig, als bey bejahenden, einem gegründeten Zweifel unterworfen ist [35].

§. 556.

Gegen wen wird die Querela inofficiosi angestellt?

Die Querel des lieblosen Testaments wird zwar zunächst gegen den eingesetzten Erbe angestellt, sie findet aber auch gegen einen jeden andern Statt, welcher an dessen Stelle tritt, er sey desselben Erbe [36], oder auch der Fiskus selbst, welcher z. B. dem Testamentserben wegen seiner Unwürdigkeit die Erbschaft entzogen hat [37]. Denn der Fiskus tritt

Ce 5 in

35) *L.* 25. §. 3. *D. de probat.* S. *de* MEZGER cit. Diss. §. 29. pag. 32. und besonders Weber im angef. Buche S. 194. folg.

36) *Luc. van de* POLL. de exheredat. et praeterit. Cap. 82. §. 7.

37) *L.* 10. *C. h. t.* Si heredum Quintiniani, quem patrem tuum esse dicis, adversus quos de inofficioso testamento acturus eras, iure successionis bona ad fiscum pertinent, vel ipsius Quintiniani bona, utpote vacantia, fiscus tenet; causam apud Procuratorum nostrum agere potes. Anton Faber in Conjectur. iuris civ. Lib. XVII. cap. 2. findet hier Schwierigkeiten, und hält die Worte: *utpote vacantia* für unächt, und widersinnig. Der Fall, sagt er, wäre wohl möglich gewesen, daß die Güter des Quintinians dem Fiscus verfallen seyn konnten, wenn gleich die Erben desselben die Erbschaft schon angetreten hatten. Man dürfe sich nur den Fall denken, quod heredes instituti ea ipsa bona incapaci alicui ex fideicommisso tacito restituere rogati probarentur. Allein denn seyen doch diese Güter nicht als *vacantia* eingezogen worden. Auch Westphal von Testamenten §. 1034. S. 769. kann nicht begreifen, wie der Fiscus des Quintinians Güter als vacantia habe an sich nehmen können. Denn hat er seinen Sohn enterbt, so

muß

in die Stelle des Unwürdigen, oder überhaupt desjenigen ein, dessen Güter er eingezogen hat, und muß daher auch dessel-

muß er doch einen Erben ernannt haben. Dies ist entweder der Fiskus, oder ein anderer. In jenem Falle sind keine bona vacantia. In diesem müßte der ernannte Erbe vor dem Erblasser gestorben seyn. Dann wäre aber das Testament destitutum geworden, und die Inofficiositätsklage würde nicht passen. Trauet er nun gleich nicht, die Worte: *vel ipsius Quintiniani bona, utpote vacantia, fiscus tenet*, für einen unächten Zusatz zu halten, so macht er doch dem Kr. Alexander eben kein Compliment, wenn er seine Erklärung mit den Worten beschließt: Quandoque bonus dormitat Homerus! Es scheint ihm aber unbekannt geblieben zu seyn, was schon *Franc. de* AMAYA in Commentar. in tres posteriores libros Cod. Tom. I. (*Lugduni* 1693. f.) ad L. 4. Cod. de bonis vacant. nr. 4. et 5. pag. 133. und POTHIER in Pandect. Justinian. Tom. I. h. Tit. nr. XIII. not. e. pag. 190. so gründlich gegen die Kritic des Fabers erinnert, und zur Erläuterung der L. 10. gesagt haben. Quintinian hatte seinen Sohn enterbt, und fremde Erben eingesetzt. Gegen diese wollte der enterbte Sohn wegen des pflichtwidrigen Testaments Klage erheben. Allein das Vermögen war unterdessen an den Fiskus gekommen. Gegen wen war nun die Querel anzustellen? Vermuthlich hatte der Sohn in seiner Supplic nicht bestimmt angegeben, aus welchem Grunde sie der Fiskus eingezogen habe. Der Kaiser stellt sich also einen doppelten Fall als möglich vor. Einmal, daß die Güter der Erben des Quintinians, welche die Erbschaft angetreten hatten, iure successionis an den Fiskus gekommen waren; z. B. diese waren ohne Erben verstorben. Zum andern, daß bloß der Nachlaß des Quintinians allein von dem Fiskus, als bona vacantia, war eingezogen worden. Hier muß man sich den Fall gedenken, da die Erbschaft nach den damals noch geltenden legibus caducariis dem Fiskus zufiel. Man stelle sich also vor, daß einer von den Erben des Quin-

desselben Verbindlichkeiten erfüllen [38]). Ist die Erbschaft mit einem Fideicommiß beschwert, so hat entweder der Fiduciar die Erbschaft bereits an den Fideicommissar abgeliefert, oder nicht. In dem erstern Falle ist die Klage gegen den Fideicommissar, als jetzigen Besitzer der Erbschaft, um so mehr anzustellen [39]), als derselbe loco heredis, und also wie

Quintiniane ante apertas tabulas oder wenigstens vor der Antretung der Erbschaft gestorben sey. Hier fiel der vakante Erbtheil nach der Lege Julia caducaria an die Staatscasse. S. *Jo. Gottl.* HEINECCII Commentar. ad Legem Juliam et Pap. Poppaeam. Lib. III. cap. 6. et 7. §. 4. und *Alb.* SCHULTE Diss. de iure fisci in hereditates privatorum. *Lipsiae* 1740. Cap. I. §. 6. und Cap. II. Es sey nun der eine, oder der andere Fall vorhanden, so könne der Sohn, rescribirt der Kaiser an ihn, die Querel gegen den Fiskus bey dem Procurator des Kaisers anstellen, welcher hier allein der competente Richter war. S. *Gottfr.* MASCOV de Procuratore Caesaris. §. 18.

38) *L.* 16. §. 2. *D. de his, quae ut indignis. L.* 96. §. 2. *D. de legat. I. L.* 6. *D. de iure fisci.*

39) *L. 1. C. h. t.* Cum de inofficioso matris suae testamento filius dicere velit adversus eum, *qui ex causa fideicommissi hereditatem tenet:* non est iniquum, hoc ei accommodari, *ut perinde fideicommissarius teneatur, ac si pro herede, aut pro possessore possideret.* Der Zweifelsgrund war hier vorzüglich der, daß der Fiduciar auch noch nach der Restitution der Erbschaft wirklicher und wahrer Erbe bleibt; der Fideicommissar schien also nicht der rechte Beklagte zu seyn, gegen welchen die Querel mit der Wirkung angestellet werden könnte, daß dadurch das Testament selbst auch in Ansehung des directen Erben aufgehoben werde. Dennoch schien es den Kaisern Sever und Antonin der Billigkeit gemäß zu seyn, dem Sohn die Klage

wie ein Erbe anzusehen ist [40]. Nach dem strengen Rechte bleibt zwar der directe Erbe (*fiduciarius*) noch immer Erbe, auch nachdem er die ganze Erbschaft abgetreten hat [41]; allein da nach dem Trebellianischen Senatusconsultum alle erbschaftliche Klagen, die nach dem Civilrechte dem Erben und gegen den Erben zustehen, auf den Fideicommissar übergehen [42], so kann sich nun der Fiduciar mit der Einrede schützen, daß die Erbschaft bereits restituirt sey [43]. Ist hingegen die Erbschaft noch nicht abgetreten, so muß die Querel gegen den Fiduciar angestellet werden [44]; und wenn dieser auch während des Prozesses die Erbschaft an

Klage gegen den Fideicommissar, als Besitzern der Erbschaft, zu gestatten. Denn der directe Erbe konnte bey dem Prozeß kein weiteres Interesse haben, weil er die Erbschaft bereits abgetreten hatte. Es wird jedoch vorausgesetzt, daß die Erbschaft ex SCto Trebelliano war restituirt worden. Denn hier war der Fideicommissar heredis loco. Geschahe hingegen die Restitution ex SCto Pegasiano, so wurde der Fideicommissar nur wie ein Legatar angesehen. §. 5. *J. de fideic. hereditat.* Das Letztere fällt nunmehr weg. Man vergleiche über dieses Gesetz vorzüglich *Ant.* FABRI Conjectur. iuris civ. Lib. XVII. cap. 1. und *Marci* LYCKLAMA *a* NYHOLT Membranar. lib. I. Eccl. 5.

40) §. 3. 4. 5. *et. 6. I. de fideicom. hereditat.*

41) §. 3. *I. cit. de fid. hered.*

42) §. 4. *I. eodem.*

43) *L. 27. §. 7. D. ad SCtum. Trebellian.*

44) Es ist jedoch nicht nöthig, daß der Fideicommissar adcitirt werde. Um indessen alle Collusion zu verhüten, ist dem Fideicommissar die Intervention erlaubt. *L. 29. D. h. t.* FABER c. l. pag. 597.

an den Fideicommissar abgeliefert haben sollte, so geht doch der Prozeß gegen den Fiduciar bis zur Sentenz fort, und es ist, wenn gegen den Fiduciar erkannt wird, die geschehene Restitution an den Fideicommissar wieder aufzuheben [45]). Sonst kann nach der Restitution der Fiduciar nur noch dann in Anspruch genommen werden, wenn er sich entweder muthwillig zum Rechtsstreit dargestellt, als wenn er die Erbschaft noch nicht restituirt hätte [46]), oder einen Theil derselben zurückbehalten hat. Denn die gegen den Fideicommissar gesprochene Sentenz hindert nicht, daß nicht der Fiduciar in Rücksicht seiner Person und des zurückbehaltenen Theils der Erbschaft immer noch als wirklicher Erbe anzusehen, und folglich in so weit das Testament noch nicht für rescindirt zu halten sey [47]). Hat jedoch der Ausgeschlossene zuerst gegen den Fiduciar geklagt, und ein obsiegliches Urtheil erhalten, wodurch das Testament rescindirt worden ist, so findet die Querel nicht weiter gegen den Fideicommissar Statt, sondern gegen diesen wird die ordentliche Erbschaftsklage angestellt [48]). Denn ist das Testament rescindirt, so kann auch das Fideicommiß nicht weiter gelten [49]).

Uebrigens ist noch in Absicht auf den eingesetzten Erben, wider welchen die Inofficiositätsklage erhoben wird, ein Unterschied zu machen, ob diese Klage von Kindern, Eltern oder Geschwistern

45) *L.* 55. §. 5. *D. ad SCtum. Trebell.* Westphals hermenevt. syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 1707. S. 1167.

46) *L.* 63. §. 2. *D. eod.* Westphal a. a. O. §. 1708.

47) S. FABER c. l. und LYCKLAMA c. l. pag. 27.

48) *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. 8. §. 6.

49) *L.* 13. *in f. D. h. t.* *L.* 160. §. 2. *D. de Reg. iuris.*

schwistern angestellet wird. Bey Kindern und Eltern kommt nichts darauf an, wer zum Erben eingesetzt worden ist [50]. Diese können die Querel gegen einen jeden Erben anstellen, und wenn auch der Landesherr selbst zum Erben eingesetzt worden wäre [51]. Es findet auch die Klage gegen einen Notherben Statt, wenn dieser mit Ausschließung des Klägers zum Universalerben ist eingesetzt worden [52]. Ist jedoch mit dem Notherben noch ein willkührlicher Erbe zugleich instituirt worden, so findet die Querel nur gegen den letztern Statt [53]. Z. B. Die Mutter hat in ihrem Testament einen Fremden, und dann eine von ihren beyden Töchtern eingesetzt, die andere aber präterirt. Hier kann die übergangene Tochter nur gegen den im Testament eingesetzten fremden die Querel anstellen, gegen ihre Schwester hat sie keine Klage [54]. Denn die Klägerin kann mehr nicht verlangen, als was dieselbe ab intestato bekommen haben würde. Diesen Theil kann sie nicht von ihrer eingesetzten Schwester fordern, die selbst nicht mehr aus dem Testament erhalten hat,

50) *L.* 31. §. 1. *D. h. t.* Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentium querelam pertinet, nihil interest, quis sit heres scriptus, ex liberis, an extraneis, vel municipibus.

51) *L.* 8. §. 2. *D. h. t.*

52) VOET in Commentar. ad Dig. h. t. §. 12. Es ist daher lächerlich, wenn MENCKEN in Doctrina de actionib. for. Sect. III. cap. II. membr. III. §. 18. dem Beklagten die exceptio competentis iuris cohereditarii giebt; welcher deshalb vom MADIHN not. 1194. ad *Eundem* zu recht gewiesen worden ist.

53) DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 9. pap. 1100.

54) *L.* 19. *D. h. t.*

hat, als was ihr, wenn auch das Testament rescindirt wird, ab intestato gebührt [55]). Ausserdem können nach befinden der Umstände auch Kinder gegen ihre Eltern und Eltern gegen ihre Kinder die Querel anstellen [56]) z. B. eine Mutter hat ihren Sohn enterbt, und den Vater desselben zum Erben eingesetzt [57]); oder ein Sohn hat seine Mutter über-

55) DONELLUS c. l.

56) VOET c. l.

57) Von diesem Falle versteht Voet die *L. 22. pr. D. h. t.* wo Tryphonin sagt: Filius non impeditur, quominus inofficiosum testamentum matris accusaret, si pater eius legatum ex testamento matris accipiet, vel *adiisset hereditatem*, quanquam in ejus esset potestate: nec prohiberi patrem, dixi, *iure filii* accusare: *nam indignatio filii est.* Allein hier ist von einem solchen Falle die Rede, wo der Sohn, den die Mutter enterbt hatte, noch unter der väterlichen Gewalt steht. Hier kann nicht der Sohn selbst ohne Einwilligung des Vaters klagen, sondern der Vater stellt die Querel filii sui nomine an. *L. 17. §. 10. et 11. D. de injur. L. 8. pr. D. h. t.* Noch weniger konnte hier der Sohn gegen den Vater selbst klagen. *L. 4. D. de iudic.* Daher bemerkt POTHIER in Pandect. Justinian. Tom. I. h. t. nr. L. not. e. daß Tryphonin so zu verstehen sey, wenn auch dem Vater in dem Testament ein Vermächtniß wäre hinterlassen worden, so hindere dieses den Sohn nicht, quominus *per patrem*, cui *huius querelae ius, sicut caetera omnia, vi patriae potestatis acquirit*, inoff. testamentum matris accusaret. Westphal von Testamenten §. 1096. stellt sich den Fall so vor, als wenn dem enterbten Sohn ein Legat wäre vermacht worden, welches der Vater für den Sohn angenommen hat. Allein aus dem §. 1. ergiebt sich das Gegentheil, wo es heißt, der Vater mache sich des Legats nicht verlustig, wenn er auch den Prozeß verliert, weil er im Namen

übergangen, und seine Schwester eingesetzt [58]). Hingegen können Geschwister nur gegen einen solchen Erben klagen, der eine infamirte oder verächtliche Person ist [59]). Wenn daher z. B. von zwey Erben der eine eine anständige, der ande-

Namen seines Sohns geklagt hat. Allein wie soll man sich nun den Fall denken, wenn Tryphonin weiter sagt: *vel adiisset hereditatem?* Wenn der Vater selbst zum Erben eingesetzt ist, so kann er doch nicht im Namen seines Sohns gegen sich selbst klagen! Man muß sich also, wie auch *Jos. Fernandez de* RETES in Adversariis de inofficioso testamento cap. 24. (in *Ger.* MEERMANNI novo Thes. iur. civ. Tom. VI. pag. 541.) bemerkt hat, einen solchen Fall gedenken, wo der Vater einen Miterben hatte. Die Worte: Quamquam in eius esset potestate sind ein Zweifelsgrund. Denn da der Sohn das ius querelae dem Vater erwarb, in dessen Gewalt er noch war, so schien dem Vater entgegen zu stehen, daß er durch die Annahme des Legats den letzten Willen der Testirerin anerkannt hatte. Allein wer das Testament, das er als lieblos anfechten konnte, anerkennt, kann sich nachher nur nicht mehr über ein Unrecht, über eine Beleidigung des Testirers gegen sich beschweren. Allein hier beschwert der Vater sich über ein Unrecht der Testirerin gegen ihren Sohn. Er klagt nicht aus eigenem Rechte, sondern *iure filii*. Die *Basilica* Tom. V. Lib. XXXIX. pag. 203. haben die Stelle so übersetzt: *Εἴτε ληγάτον ὁ πατήρ μου λάβῃ ἐκ τῆς μητρῴας μου διαθήκην, ἢ καὶ τὴν κληρονομίαν αὐτῆς, ὃν κωλύομαι, καὶ ὑπεξούσιος αὐτοῦ ὢν κινεῖν τὴς κατὰ τῆς διαθήκης μέμψιν, καὶ ὁ πατήρ μου ὀνόματί μου κινεῖ. Si pater meus legatum accepit ex testamento matris meae, vel etiam hereditatem eius, non prohibeor, etiam si in eius potestate sim, agere querela inofficiosi, et pater meus nomine meo agit.*

58) *L. 17. C. h. t.*

59) *L. 27. C. h. t.*

andere aber eine schändliche Person ist, so können die präterirten Geschwister nur gegen den letztern Erben die Inofficiositätsklage anstellen, und desselben Antheil an sich bringen [60]). Wird der Querulant Erbe des Testamentserben, so fällt die Klage weg, wenn nicht noch ein anderer Miterbe da ist, gegen den die Klage gerichtet werden kann [61]). Auf jeden Fall aber kann die Querel erst nach geschehener Antretung der Erbschaft gegen den Testamentserben angestellt werden [62]). Denn wird die Erbschaft aus dem Testament nicht angetreten, so ist die darin geschehene Enterbung ohne Wirkung, und kann daher auch dem Enterbten nicht schaden [63]). Die Enterbung wird also, wie Retes [64]) sagt, erst durch die Antretung der Erbschaft aus dem Testament bestätiget. Diesem gilt vollkommen gleich, wenn der eingesetzte Erbe die Bonor. possessio secundum tabulas erhalten hat [65]). Damit jedoch der eingesetzte Erbe seine Erklärung nicht zur Ungebühr verzögere, so ist ihm eine Zeit gesetzt, binnen welcher er sich erklären muß, ob er die Erbschaft annehmen wolle, oder nicht. Dieses ist eine Frist von 6 Monaten, wenn beyde Theile in eben derselben Provinz wohnen, von einem Jahre hingegen, wenn sie in verschiedenen Provin-

60) *L. 24. D. eod.* Westphal von Testamenten. §. 1040.

61) *L. 31. §. 2. D. h. t.*

62) *L. 8. §. 10. D. h. t.* — Ante aditam hereditatem nec nascitur querela.

63) *L. 20. D. de Bonor. poss. contra. tabul.*

64) Adversar. de inofficioso testam. Cap. XVIII. §. 10.

65) *L. 12. §. 5. D. de bonis libertor.* Ex testamento autem, ex quo neque adita hereditas est, neque petita bonorum possessio, liberis exheredatio non nocet.

vinzen ihr Domicilium haben [66]). Heut zu Tage kann zwar dem Erben auf Ansuchen des Klägers eine präclusivische Frist zu seiner Erklärung von dem Richter gesetzt werden [67]); tritt jedoch der Erbe die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventariums an, so darf ihm wenigstens die mit dieser Wohlthat gesetzlich verknüpfte Deliberationsfrist nicht benommen, noch demselben zugemuthet werden, sich vor Vollendung des Inventariums mit dem Ausgeschlossenen in einen Prozeß einzulassen [68]).

§. 557.

Grund und Zweck der Inofficiositätsquerel.

Soviel den Grund der Querel anbetrift, so kommt es auf die Frage an, ob der ehemalige Vorwand, dessen sich ursprünglich der Kläger bedienen mußte, als ob der Testirer nicht bey gesunden Verstande könne gewesen seyn, daß er eine so unbillige Anordnung über seinen Nachlaß gemacht hat [69]), auch noch nach dem neuesten Rechte Statt finde, und daher heutiges Tages noch zur Begründung dieser Klage

66) *L. 36. §. 2. Cod. h. t.*

67) S. Westphal von Testamenten §. 1037. S. 772.

68) *L. 22. §. 11. C. de iure delib.* Donec autem inventarium conscribitur: vel si res praestq sint, *intra tres menses:* vel si absfuerint, *intra annale spatium*, nulla erit licentia, neque creditoribus neque legatariis vel fideicommissariis eos vel inquietare, vel ad iudicium vocare; — *sed sit hoc spatium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum.* S. Carl Reichhelms Versuch einer Auslegung dunkler für dem Theor. und Praktiker gleich wichtiger Gesetze. Nr. VI. §. 8. u. 9.

69) *L. 2. D. h. t.*

ge erforderlich sey? Es giebt hierüber dreyerley Meinungen unter den Rechtsgelehrten. Einige [70]) wollen behaupten, daß jener color furoris auch durch die Novelle 115. nicht aufgehoben, sondern sogar auch dann zum Grunde zu legen sey, wenn die Querel von Kindern oder Eltern angestellet wird. Denn zeugt nicht, sagt man, die falsche Beschuldigung eines unschuldigen Kindes von Abwesenheit des ruhigen Selbstbewußtseyns? Es thue nichts, daß die Vermächtnisse gültig bleiben, denn die fictio furoris sey durch das neue Gesetz nur auf die Erbeinsetzung eingeschränkt, dahingegen die übrigen capita testamenti, tanquam a sano homine facta, für gültig erklärt würden. Andere [71]) hingegen machen einen Unterschied zwischen Kindern, Eltern und Geschwistern, und glauben, daß zwar bey den Kindern und Eltern, wenn sie die Querel anstellen, der alte Vorwand einer Wahnsinnigkeit unnöthig sey, indem sich dieselben darin gründen könnten, daß die im Testament angeführte Ursache unwahr sey, und nimmermehr vom Beklagten erwiesen werden kön-

70) *Vigl.* ZUICHEMUS in Commentar. in dec. titulos. Institution. h. t. Princ. nr. 2. p. 174. *Arn.* VINNIUS in Comm. ad Princip. I. h. t. nr. 8. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 3. und Westphal von Testamenten §. 1009.

71) *Ant.* FABER in Rational. ad L. 2. D. h. t. *Claud.* CHIFLETIUS de iure fideicommissor. lib. III. cap. 12. (in *Operib. quae de iure fec.* P. I. *Lugd.* 1584. 8.) pag. 361. *Chr. Fried. Beni.* HOMMEL Diss. de differentiis inter querelam inoff. quae parentibus ac liberis, et quae fratribus competit. §. XII. *Sim. Pet.* GASSER Diss. de origine querelae inoff. §. 30. et 31. *Jo. Chr.* WOLTAER in Observat. iur. civ. et Brand. Fasc. I. Obs. 26. pag. 225. et Fasc. II. Obs. 27. Voet Lehre von der Enterbung §. 13. u. §. 23.

ne; dahingegen bey der Querel der Geschwister jene Fiction noch heutiges Tages gebraucht werden müßte. Denn in Ansehung derselben sey das alte Recht nicht abgeändert. Endlich giebt es Rechtsgelehrten [72]), welche ohne Unterschied behaupten, daß es heutiges Tages des coloris dementiae bey der Querel gar nicht mehr bedürfe, sie möge von Kindern, Eltern oder Geschwistern angestellet werden. Denn die Römischen Rechtsgelehrten mußten zu jener Fiction darum ihre Zuflucht nehmen, weil sonst durchaus kein Mittel übrig war, ein Testament zu impugniren, welches nach den Gesetzen der zwölf Tafeln eine unumstößliche Gültigkeit hatte. Wäre die Inofficiositätsklage gleich anfangs durch ein ausdrückliches Gesetz eingeführt worden, so hätte es nie eines solchen Vorwandes bedurft. Da nun in der Folge die Querel, und zwar in Ansehung der Geschwister durch die Ver-

72) STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. X. Th. 3. *Ge.* FRANZKIUS in Commentar. in Pand. h. t. nr. 12. pag. 209. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. XV. §. 5. *Bern.* SCHOTANUS Exam. iurid. h. t. pag. 268. (*Amstelod. 1646. 8.*) *Corn. van* BYNCKERSHOECK Observat. iuris Rom. Lib. II. c. 12. *Ev.* OTTO in Comment. ad Pr. Institut. h. t. BOEHMER doctr. de actionib. Sect. II. cap. 3. §. 37. *Tob. Jac.* REINHARTH Select. Observation. ad *Christinaei* Decision. Vol. IV. Obs. 83. pag. 138. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diss. de victoria querelae inoff. tertio proficua. §. 8. *Dan. Frid.* HOHEISEL in Diss. I. de fictionibus iuris, in cerebro ICtorum natis atque e sana iurisprudentia eliminandis. *Halae 1727.* §. 36. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1690. not. a. *Chr. Jac.* ZAHN in Diss. de fictionibus iuris Rom. praes. *Christ.* GMELIN *Tubingae 1787.* pag. 29. MADIHN Princip. iur. Rom. de Success. §. 141. und Stein Lehre des R. R. von pflichtwidrigen Testamenten §. 34. S. 141. folg.

Verordnung des Kaisers Constantin in der L. 27. Cod. h. t. in Ansehung der Kinder und Eltern aber durch die Nov. 115. ihre gesetzliche Bestimmung erhalten hat, so falle der Grund jenes ehemaligen Vorwandes weg.

Soviel ist gewiß, daß bey der Querel der Kinder und Eltern das alte Fundament eines erdichteten Wahnsinns des Erblassers durch die 115. Novelle ist aufgehoben worden. Die Worte des 3. und 4. Kap. *Si autem haec observata non fuerint* etc. lassen nicht den mindesten Zweifel übrig, daß nach Maasgebung derselben der Grund der Querel, so wie sie von Justinian modificirt worden ist, darin zu setzen sey, daß die Ausschließung ohne Anführung einer gesetzmäßigen Ursache geschehen, oder daß die dem Kläger zur Last gelegte Ursache, wenn sie auch gesetzmäßig, doch ganz ungegründet, und folglich das Testament für pflichtwidrig zu halten sey [73]). Noch mehr aber sieht man, daß nach der Nov. 115. die alte Fiction wegfalle, auch daraus, weil außer der Erbeinsetzung alles gültig bleibt. Denn der Grund, warum ehemals das ganze Testament auch mit seinen Anhängen durch die Querel aufgehoben ward, wird ja ausdrücklich darin gesetzt, *quia crederetur, quasi furiosus testamentum facere non potuisse;* wie Claudius bey Scävola [74]) bemerkt hat, daher fielen auch die Legate weg, *quasi a demente* relicta [75]).

Allein wenn Geschwister die Querel anstellen, denen der Testirer eine schändliche Person vorgezogen hat, so

73) S. MENCKEN Doctr. de action. for. pag. 373. und CARRACH adnotat. ad BOEHMERI doctr. de actionib. pag. 182.

74) *L. 36. D. de legat III.*

75) *L. 13. D. h. t.*

so läßt sich die Novelle 115. auf sie nicht anwenden, da sie der Geschwister mit keinem Worte erwähnet [76]). Bey deren Ausschließung sind auch keine Beleidigungsursachen gesetzlich bestimmt, sondern alles ist beym Alten geblieben. Hier halte ich es also für nöthig, daß der Kläger das alte Fundament zum Grunde lege, wenn er den Effect intendirt, daß das Testament ganz, und folglich auch in Ansehung der Vermächtnisse, aufgehoben werde. Denn Grund und Wirkung der Klage sind hier unzertrennlich verbunden. Es läßt sich auch nicht behaupten, daß hierin durch die *L.* 27. *C. de inoff. testam.* etwas geändert sey. Denn sonst wäre unbegreiflich, wie die Verfasser der Pandecten aus Marcians Institutionen die Stelle hätten excerpiren können [77]). Hoc colore de inofficioso testamento agitur, *quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent.* Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit: sed rite quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis. Nam si vere furiosus esset, vel demens, nullum est testamentum. Gesetzt aber auch, sie hätten diese Stelle gedankenlos abgeschrieben, so würde es ihnen doch wenigstens nachher noch beygefallen seyn, daß der color furoris aufgehoben sey, wie sie aus Marcells Digesten die Stelle [78]) aufnahmen: Huius autem verbi *de inofficioso* vis illa est, docere immerentem se, et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum; resque *illo colore* defenditur apud iudicem, *ut videa-*

76) S. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. XVII. not. *f.* pag. 404.

77) L. 2. D. h. t.

78) *L.* 5. *D. eodem.*

videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret, wenn sie nicht vielmehr hierdurch das Gegentheil lehren, und ein noch gültiges Fundament der Querel hätten bezeichnen wollen. Es würde auch gewiß Theophilus in seiner griechischen Paraphrase über Justinians Institutionen bey dem Titel *de inofficioso testamento* seinen Zuhörern, denen er sie, wie Wilh. Otto Reitz [79]) mit vieler Wahrscheinlichkeit gezeigt hat, in die Feder dictirte, wenigstens mit zwey Worten gesagt haben, der color insaniae testatoris sey jetzt eine Antiquität, wenn dem wirklich so gewesen wäre. Allein er paraphrasirt gerade so, wie der Text Princ. I. h. t. in den Institutionen lautet: [80]) Εν εσχάτῃ τοίνυν βοηθείᾳ ἐπενοήθη τοῖς παισὶ de inofficioso, μεμφομένοις καὶ λέγουσιν, ἀδίκως αὐτοὺς ἐξερεδάτους γενέσθαι ἤγουν πραιτεριτευθῆναι, τοῦτο προϊσχομένοις τὸ χρῶμα, ὡς ὅτι μεμηνὼς ἦν ὁ τελευτήσας, ἡνίκα τὴν διαθήκην διετύπου. Hierzu kommt, daß die oben aus Marcians Institutionen angeführte Stelle auch wörtlich in die Basiliken [81]) übertragen worden ist; und in den Scholien [82]) derselben wird noch die Bemerkung gemacht: *infirmatur enim testamentum, ac si a furioso factum. Cur enim furorem non dicemus, naturae succensere?* Es ist daher ganz unrichtig, wenn Barthol. Leonh. Svendendörfer [83]) in seinem Formular, den Grund der Klage

79) *Praefat.* editioni suae praem. (*Hagae Comit.* 1751. 4.) §. 46. pag. 27.

80) Tom. I. pag. 416. seq.

81) Tom. V. Lib. 39. Tit. 1. pag. 195.

82) Tom. V. pag. 222.

83) Tract. theor. pract. de actionibus successoriis pag. 87.

so gefaßt hat: **Da nun solch Testament darum, weil Beklagter wegen des begangenen Verbrechens des Landes verwiesen worden ist, zu Recht nicht bestehen kan** etc.

Der **Zweck** der Querel geht nun auf **Rescission** des Testaments und Abtretung der Erbschaft [84]. **Nicht** immer kann man jedoch durch die Querel die ganze **Erbschaft** einklagen, sondern zuweilen ist diese Klage nur eine *hereditatis petitio partiaria*. Hierher gehören folgende Fälle.

I) Wenn der ausgeschloßene Notherbe nicht **der einzige Intestaterbe** ist. Hier kann er nur auf den Theil der Erbschaft klagen, den er *ab intestato* bekommen haben würde [85]. Es lassen sich hier folgende Fälle gedenken.

1) Der ausgeschlossene Notherbe stellt die Querel in einem Falle an, wo noch andere nicht übergangene Notherben vorhanden sind. Auf diesen Fall beziehen sich folgende Gesetzstellen.

a) *L.* 8. §. 8. *D. h. t.* wo **Ulpian** sagt: Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur: utputa, sumus duo filii exheredati; et utique faciat, ut *Papianus* respondit. Et *si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere.* Ein Vater hatte seine beyden Söhne enterbt, und einen Fremden zum Erben eingesetzt, jedoch dem einen

84) S. **Schmidts** pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 547.

85) Man vergleiche vorzüglich *Ed.* SCHRADER Comment. de nexu successionis ab int. et querelae inoffi. testamenti. §. 64. seqq.

einen Sohne soviel vermacht, als sein Pflichttheil zur Zeit **Ulpians** betrug. Hier entstand **erstens** die Frage, kann der Sohn die Querel anstellen, dem der Vater den Pflichttheil hinterlassen hat? Mit Recht entscheidet **Ulpian** diese Frage verneinend. Denn wer seinen Notherben den Pflichttheil hinterläßt, und dies konnte zu **Ulpians** Zeiten auch titulo singulari geschehen, ist gegen die Querel gesichert. Allein wie wenn dem Sohn nicht der vierte Theil des ganzen Vermögens, sondern nur der vierte Theil der Hälfte, welche er ab intestato geerbt haben würde, wäre ausgesetzt worden; muß er sich auch dann damit begnügen, wenn der andere enterbte Sohn nicht klagt, weil er vielleicht mit Recht enterbt worden ist, oder kann er nicht vielmehr hier den vierten Theil der ganzen Verlassenschaft fordern? Keinesweges, weil bey der Berechnung des Pflichttheils auch das enterbte Kind mitgezählt wird, eben so, als ob es mit Antheil nähme [86]). Allein wie wenn der entgegengesetzte Fall eintritt, und das enterbte Kind, dem nichts vermacht worden ist, klagt, und auch wegen der unbilligen Enterbung klagen kann? Hier entsteht die Frage, ob auf das andere enterbte Kind, welches auf den Pflichttheil gesetzt ist, und daher nicht klagen kann, Rücksicht zu nehmen sey? (an is, qui queri non potest, querenti partem faciat?) Diese Frage ist nach dem Ausspruche **Ulpians** ebenfalls zu bejahen. Denn der enterbte Sohn kann hier durch die Querel nicht die ganze Erbschaft, sondern nur die Hälfte derselben als den Theil einklagen, welchen er ab intestato bekommen haben würde. Nach dieser Erklärung fällt nun alle Kritic bey dieser Stelle als unnütz hinweg, und es ist gar kein Grund vorhanden, die Worte: *et si dicam inofficiosum,*

86) **Westphal** von Testamenten §. 395. S. 281.

ciosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere, mit Anton Faber[87]) und Desiderius Heraldus[88]) für einen unächten Zusatz eines unwissenden Interpreten zu halten, was auch schon Ulrich Huber[89]) widerlegt hat. Ich will nur noch theils zur Bestärkung der vorgetragenen Erklärung, theils auch zur völligen Widerlegung der unnöthigen Faberschen Kritic, hier kürzlich hinzufügen, wie die Stelle in den Basiliken lautet, und wie sie von den Scholiasten derselben verstanden worden ist. In den *Basilicis* Lib. 39. Tit. 1.[90]) ist der Sinn jener Stelle so gefaßt: Ο μὴ κινῶν, μειοῖ τὸ μέρος τοῦ κινοῦντος, εἰ γὰρ εἰσι δύο παῖδες, ὁ εἷς κινῶν οὐκ ἀπαιτεῖ τὴν ὅλην κληρονομίαν, ἀλλὰ τὸ ἥμισυ. d. i. *Qui non agit, minuit partem eius, qui agit, ut si sint duo filii, is, qui agit, solus non assem, sed semissem petit.* Der Scholiast erläutert nun diese Stelle so[91]): Quoniam iam ante diximus, legitimam portionem, relictam filio, excludere querelam, illud inde quaeri inspicique dignum est, an filius exheredatus, qui non queritur, partem faciat fratri? Hoc vero quid sit, ostendam apertius. Quidam habens duos filios, extraneum instituit heredem, filios exheredavit, et uni filio reliquit octavam partem bonorum suorum, alteri nihil, hic vero filius, cui nihil reliquit pater, tacet,

87) In Rational. ad L. 8. §. 8. D. h. t.

88) De rerum iudicatar. auctoritate Lib. II. cap. 14. §. 4. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* a Tom. II. pag. 1225. seq.)

89) In Eunomia Rom. (*Franequerae* 1700.) ad L. cit. 8. §. 8. D. h. t. § 4. pag. 248.

90) Tom. V. pag. 198.

91) Tom. V. pag. 229.

tacet, nec repudiat tamen querelam, alter, qui habet octavam partem ex voluntate teſtatoris, vult etiam habere alteram octavam, dicens fratrem ſuum exheredatum et tacentem pro mortuo haberi, et ſe ſolum ſupereſſe filium defuncti, ac conſequenter deberi ſibi integram portionem legitimam. Et haec eo dicente et allegante, *Papinianus* ait, partem ei facere fratrem, qui tacet non repudiandi animo, hoc eſt, partem ſimul cum illo habere, nec ſolum illum ſupereſſe videri, qui modo inſurgit, nec debere ferre integram portionem legitimam. Partem vero facit fratri, adeo, ut cum nihil ſibi reliquerit teſtator, et competat querela inofficioſi ad reſcindendum teſtamentum, taceat vero ipſe, et alter agat, ex parte tantum reſcindatur teſtamentum.

b) *L. 19. D. h. t.* wo Paulus folgenden Fall vorträgt: Mater decedens, extraneum ex dodrante heredem inſtituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeterjit; haec de inofficioso egit, et obtinuit. Quaero, ſcriptae filiae quomodo ſuccurrendum ſit? reſpondi; *filia praeterita id vindicare debet, quod inteſtata matre habitura eſſet.* Itaque dici poteſt, eam, quae omiſſa eſt, etiamſi totam hereditatem ab inteſtato petat, et obtineat, ſolam habituram univerſam ſucceſſionem, quemadmodum ſi altera omiſiſſet legitimam hereditatem. Sed non eſt admittendum, ut adverſus ſororem audiatur, agendo de inofficioſo. Praeterea dicendum eſt, non eſſe ſimilem omittenti eam, quae ex teſtamento adiit, et ideo ab extraneo ſemiſſem vindicandum; et defendendum, totum ſemiſſem eſſe auferendum, quaſi ſemis totus ad hanc pertineat. Secundum quod

quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur: licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur. Caeterum si quis putaverit, filia obtinente, totum testamentum infirmari: dicendum est, etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem. Nec enim, quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri: cum et hi, qui sciant, ius suum eligentes id, quod putant sibi competere, non amittant: quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti, falsa opinione motus, amplexus est; is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse. Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem praeteritam vindicare: cum, rescisso testamento, etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditatis.

Diese Stelle ist etwas dunkel wegen der vielen eingemischten Zweifelsgründe. Sondert man aber dieselben von der Entscheidung des Gesetzes selbst gehörig ab, so wird alle Dunkelheit verschwinden. Der Fall ist der: eine Mutter hatte in ihrem Testamente einen Fremden zu drey Viertheilen, und daneben noch eine von ihren Töchtern in dem übrigen Theile der Erbschaft eingesetzt, die andere Tochter aber präterirt. Die ausgeschlossene Tochter stellte nun gegen das mütterliche Testament die querelam inofficiosi an, und gewann den Prozeß. Es entstand also die Frage, ob sich die Klägerin den ganzen Nachlaß anmaßen könne? Paulus beantwortet die Frage dahin, die übergangene Tochter hätte eigentlich nur auf den Theil der Erbschaft klagen sollen, den sie bekommen haben würde, wenn die Mutter ohne Testament verstorben wäre, also auf die

Hälfte.

Hälfte. Nun aber hatte sie in dem gegenwärtigen Falle durch die Querel das Testament umgestossen. Es könnte also scheinen, daß, wenn sie auch die ganze Erbschaft ab intestato verlange, solche der präterirten Tochter nicht abgesprochen werden könne [92]), weil die andere im Testamente eingesetzte Tochter durch Annehmung ihres Erbtheils sich der gesetzlichen Erbfolge begeben zu haben scheint. Diesem Einwurfe, den sich der Jurist selbst macht, begegnet er jedoch auf folgende Art. Es sey nicht zu behaupten, daß in dem vorliegenden Falle das ganze Testament umgestossen worden sey. Denn die übergangene Tochter konnte doch die Querel nur gegen den im Testament instituirten Fremden anstellen, gegen ihre Schwester hatte sie keine Klage, in Ansehung derselben bleibe also das Testament gültig. Sey nun aber das Testament nur in Ansehung des fremden Erben als pflichtwidrig rescindirt worden, so könne ja auch die causa intestato nur in Absicht auf die drey Viertheile der Erbschaft eintreten, welche dem fremden Erben im Testament waren hinterlassen worden; folglich könne doch die übergangene Tochter nicht die ganze Erbschaft fordern. Sie könne aber auch nicht einmal den ganzen dodrantem verlangen, als ob sie die alleinige Intestaterbin wäre. Denn es lasse sich mit Grund nicht behaupten, daß die andere Schwester durch Annehmung ihres Erbtheils aus dem Testamente

92) Daß Paulus einen solchen Fall hier annehme, wo die Tochter auf die Aufhebung des ganzen Testaments geklagt hatte, welches ihr doch nicht zustand, glaubt auch Cujaz ad h. L. ferner Faber in Rational. ad h. L. und *Luc. van de* POLL de exheredat et praeterit. cap. 78. §. 17. Das itaque bedeutet also hier soviel als atqui.

mente sich der Intestaterbschaft begeben habe. Die Klägerin werde also von dem dodrante, welcher dem fremden Testamentserben abgestritten worden ist, mehr **nicht** erhalten, als den semissem, den sie ab intestato **aus der** mütterlichen Erbschaft bekommen haben würde. **Das** übrige Viertel von dem dodrante hingegen wird sie, da **das** Testament nun einmahl in Ansehung des fremden **Testaments**erben wäre aufgehoben worden, ihrer eingesetzten Schwester überlassen müssen [93]. Denn ein für allemal **konnte** die ausgeschlossene Tochter von dem fremden **Testamentserben** mehr nicht, als die Hälfte der ganzen Erbschaft fordern, als soviel ihr ab intestato gehört hätte; und **es lasse** sich daher vollkommen rechtfertigen, wenn die andere **Hälfte** der Erbschaft der eingesetzten Tochter zugesprochen **wird** [94]. Auf solche Art werde also das Testament nicht ganz aufgehoben, und die Intestaterbfolge trete nur pro parte ein. Wollte man aber auch, setzt **Paulus** noch zu mehrerer Bestärkung seiner Behauptung hinzu, allenfalls behaupten, *daß* das

93) S. POTHIER Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XXXIV. not. l. pag. 194.

94) Die Worte: *quasi semis totus ad hanc pertineat*, sind also wahrscheinlich von der instituirten Tochter zu verstehen, wie auch **Westphal** von Testamenten §. 1042. S. 777. glaubt, und eben dies bestärken auch die *Basilica* Lib. XXXIX. Tit. 1. Tom. V. pag. 201. wo die *L. 19. h. t.* nach **Fabrots** Version so lautet: *Quaedam mulier habens duos filios, unum ex quadrante heredem scripsit, alterum praeteriit, et extraneum ex dodrante. Praeterito est tantum actio in extraneum, per quam semissem recipit, atque ita defuncta, et ex testamento, et ab intestato heredem habet. Concurrit enim cum eo, qui agit, frater, qui heres scriptus est, et percipit reliquum quadrantem.* —

das Testament der verstorbenen Mutter durch die Querel der ausgeschlossenen Tochter ganz aufgehoben worden wäre, so würde doch auch in diesem Falle die präterirte Tochter mehr nicht als die Hälfte der mütterlichen Erbschaft verlangen können, weil sie nicht die einzige Intestaterbin ist. Denn von der andern eingesetzten Tochter läßt sich nun ein für allemal nicht behaupten, daß sie durch Antretung der Erbschaft aus dem Testamente auf die Intestaterbschaft Verzicht gethan habe. Denn sie konnte ja die Erbschaft nicht gleich Anfangs ab intestato antreten, weil ein Testament da war, welches sie ihrer Seits nicht anfechten durfte; auch konnte sie nicht voraussehen, ob ihre Schwester den Prozeß gewinnen, und ihr die Erbschaft ab intestato zufallen würde. Wer sich nun eines Rechts nicht bedient, dessen er sich nicht bedienen konnte, begiebt sich desselben nicht, er kann folglich desselben nicht verlustig erklärt werden, wenn es ihm nachher deferirt wird. So läßt sich nun diese schwierige Stelle, deucht mir, ganz wohl verstehen. Zwar will Westphal [95]) den guten Paulus einer grossen Sünde beschuldigen, daß er der Klägerin nur die Hälfte der mütterlichen Erbschaft zugesprochen, sie müsse vielmehr die drey Viertheile bekommen, die dem extraneus hinterlassen worden sind. Denn das Testament werde nur zum Theil umgeworfen, nämlich zum Theil des Fremden. Zum Theil der eingesetzten Tochter hingegen bleibe es gültig; und doch soll diese mehr bekommen, als was ihr im Testament gegeben ist, wie reimt sich das? Allein Westphal hätte sich nur den Fall richtiger vorstellen sollen, den Paulus vor Augen hatte. Der römische Jurist geht von dem ganz rich-

95) a. a. O. S. 776. folg.

richtigen Grundsatze aus, die präterirte Tochter kann durch die Querel mehr nicht verlangen, als soviel sie ab intestato erhalten hätte, (*filia praeterita id vindicare debet, quod, intestata matre, habitura esset.*) Wäre nun die Mutter ohne Testament gestorben, so hätte ihr die Hälfte der ganzen Erbschaft gehört. Sie konnte also auch nur auf diese Hälfte, und zwar gegen den eingesetzten fremden Erben, klagen, (*et ideo ab extraneo semissem vindicandum*). Gegen ihre eingesetzte Schwester konnte sie ohnehin nicht klagen, da diese ebenfalls eine Intestaterbin ist, und im Testament noch nicht einmahl so viel erhalten hat, als ihr Intestaterbtheil beträgt. Die eingesetzte Tochter wird folglich ihren vierten Theil, der ihr im Testament hinterlassen worden, behalten. Das Testament kann also unter diesen Umständen nicht ganz aufgehoben werden, (*secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur,*) sondern eigentlich nur pro semisse. Wäre nun der Fall, von dem Paulus spricht, nach dieser richtigen Ansicht der Sache, von den Centumviralrichtern entschieden worden, so hätte das übrige Viertel von dem dodrante dem fremden Testamentserben verbleiben müssen, wie auch Anton Faber [96]) ganz richtig behauptet, den Westphal [97]) aus unrichtiger Ansicht der Sache eines Irrthums beschul-

96) Rational. in L. 19. D. h. t. Tom. I. pag. 167. — wo er sagt: *Atque ita reliquus quadrans necesse est, ut ex eodem testamento remaneat penes extraneum ex dodrante institutum: nec enim potest ei auferri sive per filiam praeteritam, quae de inofficioso egit et obtinuit, quia non nisi pro semisse rescissum est testamentum, neque per filiam institutam, quia non fuit nisi ex dodrante instituta.*

97) Von Testamenten §. 1042. S. 777.

eschuldiget, denn es liegt dieses ganz im Geist der Entscheidung des **Paulus**[98]). Damit kommt auch die Erklärung des Scholiasten der **Basiliken**[99]) überein, aus welcher ich nur folgende Worte zur Bestärkung nach **Fabrots** Version anführen will: *Unde apparet, non in totum rescindi testamentum, sed* PRO SEMISSE *tantum matrem* INTESTATAM *fieri. Agit igitur filia praeterita* PRO PARTE, *et rescindit testamentum pro parte.*

So stimmen nun also **Ulpian** und **Paulus** darin überein, daß, wenn ein übergangener oder enterbter Notherbe die Querel in einem Falle anstellt, wo noch andere nicht übergangene Notherben vorhanden sind, die Klage nur darauf gerichtet werden könne, was der ausgeschlossene Notherbe ab intestato erhalten haben würde, und daß in einem solchen Falle das Testament nur pro parte rescindirt werde. Eben dieses behaupten unter den neuern Rechtsgelehrten auch **Noodt**[100]), **Struv**[1]), **Cocceji**[2]), **Reuter**[3]) und **Hofacker**[4]). Ein gleiches gilt

2) in dem Falle, wenn mehrere zur Querel gleich berechtigte zusammen treffen. Auch hier kann der Regel nach ein

98) Man sehe auch SCHRADER Commentat. de nexu succ. ab int. et querelae inoff. test. §. 65.

99) Tom. V. pag. 250. a. E. u. folg.

100) Commentar. in Dig. h. t. pag. 165. seq. (*Oper.* Tom. II.)

1) Syntagm. iur. civ. Exerc. X. Th. 23.

2) Jur. civ. controv. h. t. Qu. 16.

3) Diss. de effectu querelae inofficiosi testamenti — intuitu non querentis. §. 40.

4) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1699.

ein jeder nur auf den Theil der Erbschaft klagen, den er ab intestato erhalten haben würde, und in so weit kann er also auch nur sein Gesuch auf Rescission des Testaments richten. Wenn also z. B. der Testirer seine beyden Kinder enterbt, und einen Fremden zum Erben ernennt hat, so kann jedes Kind nur zu seinem Antheil auf die Rescission des Testaments klagen [5]). Was jedoch der Kläger in eigener Person durch die Querel nicht ausrichten kann, das erlangt er zuweilen durch das ius accrescendi, welches Recht auch bey der querela inofficiosi Statt findet. Wenn nämlich mehrere Notherben vorhanden sind, welche das nächste Recht zur Intestaterbfolge, und zur Querel haben, weil sie alle ausgeschlossen sind, und einer oder der andere entweder nicht klagen will, weil er sich seines Klagerechts begeben hat, oder zwar geklagt hatte, den Proceß aber nachher nicht fortsetzt, sondern demselben renuncirt, oder sein Klagerecht durch Verjährung verlohren hat, so wächst desselben Antheil dem Klagenden dergestalt mit zu, daß dieser nun seine Klage entweder auf die ganze Erbschaft, oder wenigstens auf dasjenige richten kann, was er ab intestato würde bekommen haben, wenn der andere nicht klagende gar nicht existirte [6]). Von diesem Anwachsungsrechte bey der Querel handeln folgende Stellen unsers römischen Gesetzbuches.

a) *L.*

5) *Franc.* CONNANUS in Commentar. iuris civ. Tom. II. Lib. IX. cap. 8. fol. 698. b. *Arn.* VINNIUS select. iuris civ. Quaest. Lib I. cap. 21. pag. 51. HOFACKER c. l. not. a. und SCHRADER cit. Commentat. §. 67.

6) Man vergleiche *Thom.* PAPILLONIUS de iure accrescendi in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris, Rom.* Tom. IV. pag. 777. *Ger.* NOODT Com-

a) *L.* 17. *pr. D. h. t.* Hier sagt Paulus: Qui *repudiantis animo*, non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt. Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheradatis ageret, quia, rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset; hic si obtinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi Centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint. Man nehme hier mit Paulus den Fall an, ein Vater habe seine beyden Söhne enterbt, und einen Fremden in seinem Testament zum Erben eingesetzt. Hier steht beyden Söhnen die Querel zu, und jeder kann auf die Hälfte der Erbschaft klagen. Allein begiebt sich der eine Sohn seines Klagerechts, so kann nun der andere mit der Querel auf die ganze Erbschaft klagen, weil ihm der Erbtheil seines Bruders accrescirt. Paulus macht sich zwar den Einwurf [7]), daß durch die Rescission des Testaments

Commentar. in Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 165. *Jos. Fernandez de* RETES Adversar. ad h. Tit. Cap. XX. §. 8. (in *Ger.* MEERMANNI *Thes. iur. civ. et canon.* Tom. VI. pag. 535.) *Luc. van de* POLL de exhered. et praeterit. cap. LXXVIII. *Arn.* VINNIUS Selectar iuris Quaestion. Lib. I. cap. 21. §. *Pendet autem.* pag. 51. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 18. circa fin. a verbis: *De querela* etc. Tom. I. pag. 461. edit. *Emminghaus* und Westphal von Testamenten §. 1025. S. 760.

7) Denn die Worte: *quia, rescisso testamento, alter quoque ad successionem ab int. vocatur* — *non recte vindicasset*, enthalten blos einen Zweifelsgrund, und das Wort *quia* ist hier für quam-

ments die Intestaterbfolge eintritt, zu welcher der nicht klagende Sohn ein gleiches Recht hat. Es könnte also scheinen, als ob der Kläger keinen gegründeten Anspruch an der ganzen Erbschaft machen könne. Allein der Jurist antwortet darauf, der nicht klagende Sohn habe einmal auf die Querel Verzicht gethan, wollte er also gegen seinen Bruder auf einen Intestaterbtheil klagen, so wird ihm dieser mit Recht die Einrede entgegensetzen, daß er ein rechtskräftiges Erkenntniß für sich habe, wodurch ihm die ganze Erbschaft zugesprochen worden, nicht anders, *als ob* er nun der einzige Intestaterbe sey [8]). Es wird indessen freylich vorausgesetzt, daß es zu der Zeit, als das klagende Kind die Querel auf die ganze Erbschaft anstellte, schon *gewiß* gewesen, daß sich das andere seines Klagerechts begeben habe, wie auch die Worte repudiantis animo klar *zu erkennen* geben. Wenn also, ehe der exheredatus non querens sich erklärt hatte, dessen Bruder auf die ganze Erbschaft geklagt hätte, und er hätte zufällig doch den Proceß *gewonnen*, weil der Testamentserbe ihm deßhalb keinen Einwand machte, so wird dem andern die exceptio rei iudicatae nicht

quamvis gesetzt, wie POTHIER in Pandectis Justinian. Tom. I. h. t. Nr. XXXIV. not. g. pag. 194. bemerkt.

8) Es war also Grundsatz, den die Centumviralrichter bey der Querel befolgten: Wer nicht klagt, ohneachtet er hätte klagen können, ist eben so anzusehen, als ob er gar nicht existire. S. *Desid.* HERALDUS de rerum iudicatar. auctoritate. Lib. II. cap. 14. §. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1226.) und *Car. Frid.* ZEPERNICK ad *Siccamam.* de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 6. not. i. pag. 154.

nicht entgegen ſtehen, wenn dieſer ſeinen Antheil von der Erbſchaft fordert, und dieſem wird alſo der Sieg des Querulanten in dieſem Falle nach dem Geiſt des Geſetzes allerdings zu ſtatten kommen [9]).

b) *L.* 23. §. 2. *D. h. t.* Si duo ſint filii exheredati, et ambo de inofficioſo teſtamento egerint, et unus poſtea conſtituit non agere, *pars eius alteri accreſ-ſit.* Idemque erit, etſi tempore excluſus ſit. Hier iſt von den andern beyden Fällen die Rede, wo der andere ebenfalls enterbte Notherbe geklagt hatte, allein den Prozeß liegen ließ, oder wo der andere die zur Anſtellung der Klage geſetzlich beſtimmte Friſt verſäumt hat. Uebrigens beweißt dieſe Stelle, daß es ganz unrichtig ſey, wenn einige Rechtsgelehrte [10]) behaupten wollen, daß in den vorgetragenen Fällen nicht ſowohl die portio des non querentis, als vielmehr die demſelben zuſtehende Querel accreſcire. Daß dieſe Lehre den Geſetzen und aller Rechtsanalogie widerſtreite, hat ſchon Puffendorf [11]) ganz überzeugend dargethan.

c) *L.* 16. *pr. D. eodem.* wo Papinian ſagt: Filio, qui de inofficioſo matris teſtamento contra fratrem inſtitutum *de parte* (nämlich *dimidia*) ante egit, et obtinuit,

9) Mit mir ſtimmen hierin überein PAPILLONIUS de iure accreſcendi c. l. pag. 777. VINNIUS c. l. und REUTER in Diſſ. de effectu querelae inoff. teſtam. intuitu non querentis §. 44. in Not. pag. 45. ſeq.

10) Z. B. *Luc. van de* POLL de Exheredat. et praeterit. cap. LXXVIII. §. 8. et 9. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1700. und SCHRADER in Commentat. ſaep. cit. §. 83.

11) Obſervation. iur. univ. Tom. II. Obſ. 98. §. 9.

tinuit, filia, quae *non egit*, aut *non obtinuit*, in hereditate legitima *fratri non concurrit*. Hier ist der Fall, daß von drey Kindern zwey ausgeschlossen, und nur das eine zum Erben eingesetzt worden. Hat sich das eine ausgeschlossene Kind seines Klagerechts begeben, oder hat es mit der Querel nichts ausgerichtet, so kann das andere enterbte Kind vi iuris accrescendi auf die Hälfte der ganzen Erbschaft klagen, weil das nicht klagende, oder mit der Klage zurückgewiesene Kind nun eben so angesehen wird, als ob es gar nicht da wäre, und folglich an der Intestaterbschaft keinen Antheil verlangen kann. Es tritt hier noch der besondere Grund ein, daß das Testament in Rücksicht des eingesetzten Kindes gültig bleibt, weil der übergangene Bruder nur die hereditatis petitio de inofficioso partiaria angestellet hatte. Hier kommt der Gewinn des Prozesses den übrigen Intestaterben nicht zu statten. Auf acht Theile der Erbschaft konnte aber in dem vom Papinian entschiedenen Falle der übergangene Bruder darum nicht klagen, weil er sonst durch die Querel mehr bekommen würde, als ab intestato [12]).

3) Sind neben dem ausgeschlossenen Notherben noch andere vorhanden, die zwar gleiches Intestaterbrecht aber kein Recht zur Querel haben, z. B. es concurriren Ascendenten mit leiblichen Geschwistern, welche alle im Testament ausgeschlossen sind, oder der Testator hat eine schändliche Person in seinem Testament eingesetzt, und hinterläßt einen

12) Man vergleiche REUTER Diss. cit. §. 40. in Nota pag. 41. *Jo. van* MUYDEN in Compend. Pandect. h. t. §. 3. POTHIER in Pand. Justinian. h. t. nr. XL. not. f. Tom. I. pag. 196. und SCHRADER Commentat. cit. §. 84.

einen leiblichen Bruder, und eines verstorbenen leiblichen Bruders Sohn zu seinen Intestaterben; so kann hier nach der Rechtsanalogie auch nur die *hereditatis petitio de inofficioso partiaria* eintreten. Denn Niemand kann durch die Querel mehr, als seine Intestaterbportion, einklagen und erhalten [13]). Ein ius accrescendi findet hier nicht Statt, es wird daher der übrige Theil der Erbschaft dem eingesetzten Erben verbleiben [14]).

II) Ein zweyter Hauptfall, da das Testament nur pro parte durch die Querel rescindirt wird, ist der, wenn mehrere Testamentserben vorhanden sind, und nur in Ansehung des einen das Testament für pflichtwidrig zu halten ist, in Ansehung des andern aber nicht. Wenn also z. B. der Testator blos leibliche Geschwister zu seinen Intestaterben hinterläßt, und mit Uebergehung derselben zwey Erben ernannt hätte, von denen nur einer eine ehrlose der andere aber eine honette Person ist; so können die präterirten Geschwister nur gegen den schimpflichen Erben klagen, und durch die Querel dasjenige erhalten, was der Erblasser der verächtlichen Person hat zuwenden wollen, so weit es ihnen ab intestato gehört hätte; dahingegen in Ansehung des anständigen Erben das Testament seine Gültigkeit behält [15]). Von diesem Falle versteht man gewöhnlich die

13) SCHRADER cit. Commentat. §. 68. 76. und §. 77.

14) HUBER Praelection. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 10. et 11. *Bern.* SCHOTANUS Exam. iurid. h. t. pag. 269. sq. und STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. X. §. 23. in fin.

15) MÜLLER ad *Struvium* Exerc. X. §. 23. not. α. REUTER cit. Diss. §. 41. Westphal von Testamenten. §. 1040. Voot Lehre von der Enterbung §. 16. S. 52.

L. 24. *D. h. t.* wo **Ulpian** sagt: Circa inofficiosi querelam evenire plerumque adsolet, ut in **una** atque eadem causa diversae sententiae proferantur. Quid enim si, fratre agente, heredes scripti **diversi** iuris fuerunt? *Quod si fuerit; pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur* [16]). Allein da sich **nicht** beweisen läßt, daß das Recht, welches Kr. **Constantin** in der *L.* 27. *C. h. t.* bey der Querel der Geschwister verordnet hat, schon vor ihm bekannt gewesen, so verstehen andere dieses Gesetz, wenn man nicht gar mit **Anton Faber** [17]) die Worte: *Quid enim — diversi iuris fuerunt*, **dem Tribonian** oder einem andern Interpreten **zuschreiben** will, wogegen indessen die *Basilica* [18]) streiten, vielmehr von einem solchen Fälle, da Jemand seinen emancipirten Bruder präterirt, die übrigen Brüder aber, die noch in der *väterlichen* Gewalt waren, zu Erben eingesetzt hat [19]); oder da der eine eingesetzte Erbe ein municeps, der andere aber ein extra-

16) S. CYRILLUS in Scholiis Βασιλικῶν Tom. V. pag. 255. POTHIER in Pandect. Justinian. h. t. nr. XXXIX. not. k. Tom. I. pag. 195. *Jo. van. de* WATER Observat. iur. rom. Lib. I. cap. 12.

17) Rational. ad L. 24. D. h. t. not. a.

18) Lib. XXXIX. Tit. 1. L. 24. Tom. V. pag. 203. wo die L. 24 nach Fabrots Uebersetzung so lautet: *Plerumque circa querelam inofficiosi testamenti diversae sententiae proferuntur, ut cum frater agit contra heredes scriptos diversi iuris. Et ita evenit, ut defunctus heredem habeat ex testamento et ab intestato.*

19) Wie *Jo. Wilh.* MARCKART in Interpretat. receptar. iuris civ. lection. Lib. I. cap. 14. pag. 92.

extraneus ist [20]). Dem sey indessen, wie ihm wolle, so giebt wenigstens die *L.* 27. *C. h. t.* heutiges Tages das treffendste Beyspiel zur Erläuterung der angeführten L. 24. Einen andern hierher gehörigen Fall hat Papinian *L.* 15. §. 2. *D. h. t.* Filius, qui de inofficiosi actione *adversus duos heredes* expertus, diversas sententias iudicum tulit; et *unum vicit*, *ab altero superatus est*: et debitores convenire, et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare, et hereditatem dividere. Verum enim est familiae erciscundae iudicium competere: quia credimus, eum legitimum heredem *pro parte* esse factum: et ideo *pars hereditatis in testamento remansit*. Nec absurdum videtur *pro parte intestatum videri*. Diese Stelle ist jedoch schon oben [21]) erläutert worden.

Es ergiebt sich hieraus der sehr wichtige Unterschied, welcher Statt findet, wenn von Eltern und Kindern, und wenn von Geschwistern die Querel angestellet wird. Erstere klagen auf den Theil der Erbschaft, der ihnen ab intestato gebühret hätte, letztere können mehr nicht fordern, als was dem heredi turpi war hinterlassen worden [22]). Nur entsteht noch der Zweifel, wenn mit einem vollbürtigen Bruder, eines verstorbenen vollbürtigen Bruders Sohn concurrirt, muß erster den Theil der Erbschaft, den ihm der heres turpis abtreten muß, mit dem letztern theilen? Man setze, daß dem Ehrlosen die Hälfte der Erbschaft wäre hinter-

20) *Luc. van* de POLL de exheredat. et praeterit. cap. LXI. §. 2. seqq.

21) S. §. 551. S. 309.

22) Man vergleiche *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 16. verb. *Notandum autem* etc.

terlassen worden. Da hier dem vollbürtigen **Bruder** di Hälfte der Erbschaft ab intestato gebührt, so fragt **es** sich, ob der Bruder des Verstorbenen diese Hälfte, die **er** durch die Querel erhalten, allein behalten könne, oder **mit** dem Bruders Sohn theilen müsse? Soviel ist **richtig**, daß, wenn der verstorbene Bruder noch lebte, beyde, **sofern** nicht einer oder der andere sich seines Klagerechts **begiebt**, mit einander den semissem theilen müßten. Allein **sollte nicht** dem Bruder'ssohn das Repräsentationsrecht zustehen? Nein, bey der Querel findet ein solches Recht nicht Statt. Der Bruder wird also die ganze Hälfte um so mehr allein behalten, da der Brudersohn nicht einmahl ein Recht zur Querel hat [23]).

Endlich

III. läßt sich noch der Fall gedenken, daß Jemand, der eigentlich kein Querel-Recht hatte, weil ihm nähere Intestaterben vorgiengen, dennoch de facto durch einen Irrthum des Richters zur Querel gelassen worden ist. Hat dieser gegen einen der instituirten Erben eine Rescission des Testaments pro parte erwirkt, so bleibt das Testament zwar in Ansehung des andern Miterben, gegen den er nicht geklagt hat, gültig, und daher kommen die ihm vorgehenden Intestaterben nicht zur Succession; der Querelant aber hat, wenn er einmal ein rechtskräftiges Erkenntniß für sich hat, nicht vergeblich geklagt. Dies ist der Fall, den Ulpian hat *L.* 25. §. 1. *D. h. t.* Si quis, cum non possit de inofficioso queri, ad querelam admissus, *pro parte* rescindere testamentum tentet; et unum sibi heredem eligat,

23) S. SCHRADER cit. Comment. de nexu succ. ab int. et querelae inoff. testam. §. 80.

eligat, contra quem inofficiosi querelam instituat: dicendum est, *quia testamentum pro parte valet*, et praecedentes eum personae exclusae sunt, *cum effectu eum querelam instituisse* [24]).

In allen diesen Fällen, da das Testament durch die Querel nur pro parte rescindirt wird, geschieht es nun zwar, ut defunctus pro parte testatus et pro parte intestatus decessisse videatur, wie auch solches in der angeführten *L.* 24. *D. h. t.* selbst bemerkt wird. Allein dieses ist dennoch jener bekannten Regel [25]), nach welcher solches eigentlich nicht geschehen soll, keinesweges zuwider, als welche nur nicht will, daß ein paganus bloß über einen Theil seines Vermögens ein Testament errichte [26]). Richtiger ist daher die Regel nach **Tryphonin** [27]) außer welchem, wie **Cujaz** [28]) mit Recht bemerkt hat, kein anderer Römischer Jurist sich so bestimmt erklärt hat, so zu fassen: *ut nullus paganus* (denn ein Soldat ist bekanntlich nicht daran gebunden [29]) AB INITIO *quidem pro parte testatus, pro parte intestatus decedere possit*; *sed tamen* EX POST FACTO, scilicet *auctoritate sententiae iudicis* [30]). Und in

24) POTHIER Pandect. Justin. h. t. nr. XL. not. a — c Tom. I. pag. 196. REUTER cit. Diss. §. 40.

25) *L. 7. D. de reg. iur.*

26) Westphal von Testamenten §. 1041. S. 774.

27) *L. 19. §. 2. D. de castrensi peculio.* Conf. *Christ.* RAU Diss. de Claudio Tryphonino ICto Rom. Lipsiae 1768. §. VII.

28) Ad L. 7. D. de Reg. iur.

29) §. 5. *I. de heredit. instit.*

30) Man sehe hier *Jos. Fern. de* RETES Opuscul. Lib. V. de castrensi peculio cap. 4. nr. 4. et 5. (in MEERMANNI *Thesaur. iur.*

in dieser Hinsicht konnte daher auch Papinian [31]) mit Rech sagen: Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.

§. 558.

Wirkung der Inofficiositätsklage.

In Absicht auf die Wirkung der Inofficiositätsklage kommt es darauf an, ob durch dieselbe das Testament nur zum Theil, oder ganz rescindirt wird.

I) Wird das Testament durch die Querel nur *pro parte* rescindirt, so tritt eine gemischte Erbfolge ein [32]); nämlich

1) die Intestaterbfolge; diese hat jedoch nur in Ansehung des Querenten Statt, so daß dieser nun entweder den Theil der Erbschaft erhält, den er würde ab intestato bekommen haben, oder den Theil desjenigen Testamentserben an sich bringt, durch dessen Einsetzung das Testament pflichtwidrig wurde. Hier stimmen Gesetze [33]) und Rechtsgelehrten [34]) darin mit einander überein, daß der Sieg des Klägers

iur. civ. et canon. TOM. VI. pag. 253.) und vorzüglich *Hugo* DONELLUS in Commentariis iur civ. Lib. XIX. cap. 10.

31) *L. 15. §. 2. D. h. t.*

32) DONELLUS c. l. pag. 1102. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXVII. err. 2. SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. III. Quaest. 3. p. 232. Anderer Meinung ist Book in der Lehre von der Enterbung §. 16. S. 45. ff.

33) *L. 16. L. 19. L. 25. §. ult. D. h. t. L. 13. Cod. eodem.*

34) *Ger.* NOODT Commentar. ad h. Tit. Dig. Tom. II. *Oper.* pag. 164. HILLIGER ad *Donellum* Lib. XIX. cap. 10. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. LXXXI. REUTER Diss. de effectu querelae inoff. testam. intuitu non querentis. §. 40.

gers sonst Niemanden außer ihm zu statten komme, wenn auch gleich außer dem Kläger noch andere vorhanden wären, die ein gleiches Intestaterbrecht haben sollten.

2) Die testamentarische Erbfolge tritt in Rücksicht desjenigen Theils der Erbschaft ein, den der im Testament eingesetzte Erbe behält. Da hier das Testament in so weit gültig bleibt, als es nicht rescindirt worden ist, so bezahlt jeder, der Kläger und der Testamentserbe, die Schulden zu seinem Antheile [35]). In Absicht auf die Vermächtnisse aber kommt es darauf an, ob die Klage von einem übergangenen Bruder gegen eine neben einer ehrlichen mit zum Erben eingesetzte schändliche Person, oder ob sie von einem ausgeschlossenen Kinde oder von einem ausgeschlossenen Ascendenten des Erblassers angestellet worden. Ist das erstere der Fall, so fallen die Vermächtnisse insoweit weg, als das Testament ist rescindirt werden [36]). Dieses Recht ist in Ansehung der Geschwister nirgends abgeändert. Es muß also in Ansehung derselben auch noch heut zu Tage gelten [37]). In dem letztern Falle aber müssen

§. 40. SCHRADER Comment. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testam. §. 99. GAMBSJAEGER Diss. de testamento in genere, in specie inofficioso. P. IV. §. 8. pag. 69.

35) *L. 15. §. 2. D. h. t.*

36) *L. 76. pr. D. de legat. 2. L. 11. §. 2. D. ad Leg. Falcid. L. 13. Cod. de inoff. testam. S. de* RETES in Adversar. de inofficioso testam. cap. XXI. §. 4. (in Thes. Meermann. T. VI. pag. 537.) und Westphals Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 704. u. §. 1358.

37) MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. 2. Obs. 233. Voet Lehre von der Enterbung §. 16. S. 44.

sen die Vermächtnisse auch von dem obsiegenden **Kläger** nach dem Verhältniß seines Antheils ausgezahlt **werden**, jedoch so, daß ihm der Pflichttheil übrig bleibt. **Denn** nach der Nov. 115. bleiben die Vermächtnisse gültig, auch wenn das Testament durch die Querel ganz aufgehoben wird.

II. Wird hingegen das Testament durch die Querel ganz umgestossen, so wird.

1) auf Seiten des eingesetzten Erben die Sache so angesehen, als ob die Erbschaft gar nicht wäre angetreten worden [38]). Hier ist also der Fall, wo die Regel: *qui semel heres exstitit, non potest desinere heres esse* [39]), eine Ausnahme leidet [40]). Die Folge davon auf Seiten des Erben ist, daß die durch die Antretung der Erbschaft entstandene confusio nominum wieder aufhört, und der eingesetzte Erbe

38) *L. 21. §. 2. D. h. t.* Idem respondit, evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo, qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, *ac si hereditas adita non fuisset:* et ideo et *petitionem integram* debiti heredi instituto adversus eum, qui superavit, competere, et *compensationem debiti.*

39) *L. 88. D. de heredit. instit.*

40) *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. III. Tract. XIX. Qu. 2. sagt: *Utique adscribendum est iuris impotentiae, quod victus heres per querelam inofficiosi desinat heres esse. Et vero legem facere non posse, ut hereditas habeatur pro non adita, quae revera fuit adita, inde constat, quod ex interpretatione prudentum, ex qua inducta est querela inofficiosi, factum sit, ut evicta hereditate per inofficiosi querelam, perinde omnia observari oporteat, ac si hereditas adita non fuisset. Quorsum enim opus fuit eiusmodi interpretatione, si lex facere potuisset, ut hereditas haberetur pro non adita, quae revera fuerit adita?*

Erbe nun von dem Kläger fordern kann, was ihm der Verstorbene schuldig war [41]). Fordert der Kläger von dem Erben etwas, was dieser dem Verstorbenen schuldig war, so kann der Erbe abrechnen, was er selbst an den Verstorbenen, oder den Gegner zu fordern hatte [42]).

2) Auf Seiten des obsiegenden **Klägers** tritt die reine Intestaterbsfolge ein. Dieses hat nun zwar in dem Falle gar keinen Zweifel, wenn dem Sieger nicht nur die Querel wirklich zustand, sondern dieser auch der einzige Intestaterbe ist. Allein die Wirkung findet auch dann Statt, wenn der Kläger, welcher den Prozeß gewonnen hat, nicht einmal der nächste, oder wenigstens nicht der einzige Intestaterbe ist, und folglich entweder gar kein Recht zur Querel hatte, oder wenigstens nicht auf die ganze Erbschaft klagen konnte, sondern die Querel nur als eine **partielle** zuständig war [43]). Nur hilft in jenem Falle dem Kläger der Gewinn des Prozesses nichts, sondern derjenige, welcher der nächste Intestaterbe ist, wird mit Recht die Erbschaft abfordern, weil das ganze Testament einmal aufgehoben

41) *L. 22. C. h. t.* Si maritus tuus facto testamento te quidem ex asse scripsit heredem: filia autem, quam habuit in potestate, exheredata iure facta minime perhibetur; nihilque ei relictum est, neque iustas offensae causas praestitisse expresse convincitur: eam de inofficioso patris testamento querentem, totam hereditatem obtinere posse, non ambigitur. *Quod si iam obtinuit, vel post evincat: quodcunque maritus mortis suae tempore debuisse tibi perhibetur, id ab ea reddi oportet.*

42) S. **Westphals** Theorie des R. R. von Testamenten §. 580. und §. 1049.

43) Man sehe hier vorzüglich *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 10. pag. 1103.

hoben worden, und nun die Intestaterbfolge eintritt. Dies ist der klaren *L. 6. §. 1. D. h. t.* gemäß, wo Ulpian sagt: Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato *non* admittuntur, *de inofficioso* egerit, et casu *obtinuerit*, non ei *profit* victoria, sed *his qui habent ab intestato successionem.* Nam *intestatum patremfamilias facit* [44]). Man setze also, ein frater consanguineus habe gegen einen schändlichen Testamentserben die universelle Inofficiositäts-Querel mit dem besten Erfolg angestellt. Es ist aber eines verstorbenen vollbürtigen Bruders Sohn vorhanden, der jenem in der Intestaterbfolge vorgeht. Hier hilft dem Kläger der Gewinn des Processes nichts, sondern er muß die Erbschaft dem Bruders Sohn abtreten [45]). Daß jedoch in einem solchen Falle der nähere Intestaterbe den Sieger wegen der Prozeßkosten entschädigen müsse, leidet keinen Zweifel [46]).

In dem oben angegebenen andern Falle hingegen, da eine universelle Querel ist zugelassen worden, wo dem Sieger nur eine partielle zustand, tritt die Intestaterbfolge dergestalt ein, daß nun zugleich mit dem Kläger auch alle diejenigen zur Erbschaft kommen, die zwar an dem Proceß keinen Antheil genommen, denen aber mit dem Kläger ein gleiches Intestaterbrecht zusteht, gesetzt auch daß sie für ihre Person keine Querel hätten anstellen können. Für diese

Mei-

44) Man sehe über diese Stelle nach §. 543. S. 3.

45) SCHRADER cit. Commentat. §. 102. Stein von pflichtwidrigen Testamenten §. 39. S. 171.

46) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 270. n. 8. THIBAUT System des Pandectenrechts 2. Th. §. 818. S. 221.

Meinung spricht Theorie und Praxis[47]). Justinian sagt in der Novelle 115. Kap. 4. ausdrücklich: Sed rescisso testamento, eis, *qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur*, res eius dari disponimus; oder wie es Homberg richtiger übersetzt hat: Sed, everso testamento, *heredes ab intestato ad defuncti hereditatem vocamus*, iisque res illius dari sancimus.[48]). Hierher gehören folgende Fälle.

I. Wenn von mehreren unbillig ausgeschlossenen Notherben der eine, der nur auf seinen Intestaterbtheil hätte klagen können, die universelle Inofficiositätsklage angestellt, und die Rescission des ganzen Testaments bewirkt hat, obgleich der andere die Querel nicht repudirt hatte. Z. B. der Vater hat seine beyden Söhne unbilliger Weise enterbt, die seine alleinigen Intestaterben gewesen wären. Einer hat in der Abwesenheit des andern, den er für tod hielt, die universelle Querel gegen den Testamentserben angestellt, und den Proceß gewonnen. Was hier der Sieger erhalten hat, muß er mit seinem Bruder theilen[49]).

II. Wenn

47) Man sehe hier vorzüglich Herrn Kanzl. KOCH Diss. Quatenus testator per querelam inofficiosi reddatur intestatus? hinter seinem Tr. *de Success. ab int.* Nr. I.

48) Im griechischen Text lauten die Worte so: *ἀλλὰ ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης, τὲς ἐξ ἀδιαθέτε εἰς τὴν τε τελευτήσαντος κληρονομίαν καλεμεν, καὶ πρὸς αὐτὲς τὰ ἐκείνε πράγματα δίδοσθαι διατυπεμεν.*

49) S. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 10. pag. 1103. POTHIER Pandect. Justinian. h. Tit. Nr. XL. not. f. Tom. I. pag. 196.

hoben worden, und nun die Intestaterbfolge eintritt. Dies ist der klaren *L. 6. §. 1. D. h. t.* gemäß, wo Ulpian sagt: Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato *non* admittuntur, *de inofficioso* egerit, et casu *obtinuerit*, non ei *prosit* victoria, sed *his qui habent ab intestato successionem.* Nam *intestatum patremfamilias facit* [44]). Man setze also, ein frater consanguineus habe gegen einen schändlichen Testamentserben die universelle Inofficiositäts-Querel mit dem besten Erfolg angestellt. Es ist aber eines verstorbenen vollbürtigen Bruders Sohn vorhanden, der jenem in der Intestaterbfolge vorgeht. Hier hilft dem Kläger der Gewinn des Processes nichts, sondern er muß die Erbschaft dem Bruders Sohn abtreten [45]). Daß jedoch in einem solchen Falle der nähere Intestaterbe den Sieger wegen der Prozeßkosten entschädigen müsse, leidet keinen Zweifel [46]).

In dem oben angegebenen andern Falle hingegen, da eine universelle Querel ist zugelassen worden, wo dem Sieger nur eine partielle zustand, tritt die Intestaterbfolge dergestalt ein, daß nun zugleich mit dem Kläger auch alle diejenigen zur Erbschaft kommen, die zwar an dem Proceß keinen Antheil genommen, denen aber mit dem Kläger ein gleiches Intestaterbrecht zusteht, gesetzt auch daß sie für ihre Person keine Querel hätten anstellen können. Für diese Mei-

44) Man sehe über diese Stelle nach §. 543. S. 3.

45) SCHRADER cit. Commentat. §. 102. Stein von pflichtwidrigen Testamenten §. 39. S. 171.

46) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 270. n. 8. THIBAUT System des Pandectenrechts 2. Th. §. 818. S. 221.

de gehe, und die reine Intestaterbfolge eintrete. Dies behaupten auch mehrere Rechtsgelehrten [50]). Und für diese Meinung scheinen besonders die Worte am Ende des 3. Kap. der 115. Nov. sed, quantum *ad institutionem heredum* pertinet, *testamento infirmato*, ad hereditatem parentum liberi *ab intestato* aequis partibus veniant; und die Worte am Ende des 4. Kap. zu sprechen, welche so lauten, everso testamento, *heredes ab intestato ad defuncti hereditatem vocamus*, iisque res illius dari sancimus. Allein da nicht zu glauben ist, daß **Justinian** die vielen oben erklärten Stellen in den Pandecten und Codex [51]), welche von der Inofficiositätsklage als einer hereditatis petitio partiaria handeln, durch die Novelle 115. habe aufheben wollen, ohne nur ein Wort davon zu sagen, so muß man nach einer vernünftigen Auslegung einen solchen Fall annehmen, wo die universelle Inofficiositätsklage entweder von sämmtlichen enterbten Kindern, oder Eltern, oder von einem der Enterbten angestellet worden, ohne daß die übrigen sich ihres Klagerechts begeben hatten [52]).

So deutlich übrigens die Worte der Novelle sprechen, so sehr muß man sich billig wundern, wenn mehrere

50) S. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diss. de victoria querelae tertio proficua. *Lips.* 1719 §. 12. et 13. KOCH cit. Diss. pag. 197. *Chr. Frid. Bern.* FUNK Comment. in controv. iur. civ. de nexu inter successionem ab int. et querelam inoff. testam. *Gott.* 1802. §. 31. und Boeck Lehre von der Enterbung §. 26. S. 91. folg.

51) *L.* 8. §. 8. *L.* 16. *L.* 19. *L.* 25. §. 1. *L.* 27. §. 3. *D. h. t* *L.* 13. *Cod. eodem.*

52) SCHRADER cit. Commentat. §. 73.

Rechtsgelehrte dennoch der Meinung sind, daß **in** jeden Falle der Sieg der Querel nur dem siegenden **Kläger** zu statten komme [53]), oder doch wenigstens nur denen **vortheil**haft sey, welche mit dem Sieger nicht nur ein **gleiches** Intestaterbrecht, sondern auch ein gleiches Recht zur Querel haben [54]). Man beruft sich insgemein auf die Regel: *quod res inter alios iudicata aliis neque praeiudicet, neque prosit* [55]). Allein, ohne hier anzuführen, daß diese Regel mancherley Ausnahmen leidet [56]); so hat man nicht bedacht, daß es in dem gegenwärtigen Falle vermöge einer nothwendigen Folge geschieht, wenn auch andere, welche an dem Prozesse über die Inofficiosität des Testaments keinen Antheil genommen, aber doch mit dem Kläger ein gleiches Intestaterbrecht haben, nun mit ihm zur Intestaterbfolge gelangen, wenn das ganze Testament als pflichtwidrig aufgehoben wird, weil hierdurch die Sache in einen solchen Zustand kommt, als ob der Erblasser ohne Testa-

53) Wie z. E. *Ulr.* HUBER in Praelect iur. Rom. Tom. II. h. t. §. 9. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. XVI. §. 1. et 2. und *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 27.

54) NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* p. 164. *Guil.* RANCHINUS in Tract. de success. ab intest. Cap. XVII. §. 3. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 11. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. X. Th. 24. und Westphal in der Theorie des R. R. von Testamenten §. 1026.

55) *L. 63. D. de re iudic.*

56) Man s. das Archiv für die theoret. und practische Rechtsgelehrsamkeit, herausgegeben von Hagemann und Günther. 4. Th. Nr. 1. S. 5. ff.

Testament verstorben wäre, wie Lucas van de Poll [57]) sehr richtig bemerkt hat. Es kann daher auch nun nicht mehr die Frage davon seyn, wem die Querel zusteht, sondern wer bey der Intestaterbfolge concurrirt, so fern er sich seines Successionsrechts nicht begeben hat. Man wende nicht ein, daß doch nach der 115. Novelle die Vermächtnisse gültig bleiben. Denn diese gehören nicht zur Substanz des Testaments, sondern diese besteht lediglich in der Erbeinsetzung, welche durch die Querel aufgehoben wird. Sie können daher auch die Intestaterbfolge um so weniger hindern, da sie auch in codicillis ab intestato hinterlassen werden können. Die Schwäche der Gründe leuchtet in die Augen, daher unsere Meinung auch den Beyfall der meisten theoretischen und practischen Rechtsgelehrten [58]) für sich hat.

3) In Absicht auf die Vermächtnisse, und übrigen Verfügungen, welche außer der Erbeinsetzung in dem pflichtwidrigen Testament enthalten sind, ist

a) so viel außer Zweifel, daß wenn die Klage von Kindern oder Eltern angestellet wird, dieselben nach

57) de exheredat. et praeterit. cap. LXXXI. §. 9.

58) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 20. *Io. Balth.* L. B. a WERNHER Select. Observ. for. Tom. I. P. I. Obs. 270. *de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 15. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. w. et x. REUTER Diss. de effectu querelae inoff. testam. intuitu non querentis. §. 49. *Io. Frid.* BOECKELMANN Exercitat. ad Pandect. h. t. §. 7. pag. 376. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1701. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Lib. II. Tit. IV. Th XVII. not. y. pag. 406. MALBLANC Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. Tom. III. §. 698. GAMBSJAEGER Diss. de testam. inofficioso P. IV. §. 8. u. a. m.

der Verordnung der Nov. 115. gültig bleiben, wie di schon bey anderer Gelegenheit (S. 323.) angeführten Worte klar beweisen. Nur wegen der Pupillar Substitution ist die Sache streitig, wie auch schon oben (S. 322.) bemerkt worden ist. Richter [59], Reinold [60], Madihn [61] und Hommel [62] behaupten, sie gehe durch die Querel mit der Erbeinsetzung zu Grunde, weil keine Substitution, als eine Art der Erbeinsetzung, gelten könne, wo die heredis institutio prima wegfällt; und namentlich werde von der Pupillar-Substitution gesagt, sie sey pars et sequela testamenti paterni, welche für sich, ohne das väterliche Testament, nicht bestehe [63]. Allein ohne hier zu wiederholen, was ich schon anderwärts (S. 322. Not. 10.) zur Widerlegung dieser Meinung gesagt habe, so will ich nur noch mit Wenigen bemerken, daß zwischen der Pupillar-Substitution und dem väterlichen Testament kein so nothwendiger Zusammenhang ist, daß erstere schlechterdings mit dem letztern fallen müsse. Denn man erinnere sich doch, daß die Pupillar-Substitution schon nach den Gesetzen der Pandecten gültig blieb, wenn das väterliche Testament durch die Bonorum possessio contra

59) In exposit. omnium Avthenticar. Codici Iust. insertar. pag. 238. num. 28.

60) In Opuscul. a *Iuglero* edit. pag. 354.

61) In Opusc. vicissitudines substitutionis exemplaris eiusq. veram indolem continente. *Halae 1775*. 4. §. 43. und ad MENCKEN Introduct. in doctr. de actionibus for. not. 1180. pag. 369.

62) Diss. de differentiis inter querelam inoff. quae parentibus ac liberis, et quae fratribus competit. §. 11.

63) §. 5. *I. de pup. subst.*

contra tabulas rescindirt ward. (S. 312.) Sie verlohr zwar ihre Gültigkeit, wenn das Testament mit der alten Querel aufgehoben ward; allein davon lag der Grund in dem Vorwand, dessen sich der Kläger bedienen mußte, als ob der Testirer nicht recht bey Verstande gewesen sey. Dieser Prätext fiel, wie Vinnius [64]) ganz richtig bemerkt, bey der Bonorum possessio contra tabulas weg. Er findet aber auch nach der Novelle 115. nicht mehr bey der Querel der Kinder und Ascendenten Statt. (S. 419.) Wie kann man nun noch läugnen, daß nach der Nov. 115. die Pupillar-Substitution gültig bleibe, da Justinian ausdrücklich sagt, es soll das Testament in allen übrigen Punkten als nicht rescindirt gelten, welche, außer der pflichtwidrigen Erbeinsetzung, darin enthalten sind? [65])

b) Wird hingegen die Querel von Geschwistern angestellt, so ist die Frage, ob auch hier die Vermächtnisse und Fideicommisse gültig bleiben, oder nicht vielmehr mit der Erbeinsetzung zu Grunde gehen, unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Viele behaupten das Erstere, jedoch aus sehr verschiedenen Gründen. Einige [66]) berufen sich schlecht-

64) Commentar. ad cit. §. 5. I. de pupill. substit. nr. 3. et 4.

65) Man sehe noch *Vigl.* ZUICHEMUS in Commentar, in decem Titulos Institution. iuris civ. ad §. 5. I. de pupill. substitut. pag 152 *Iof.* FINESTRES Praelect. Cervar. de vulgari et pupillari substitutione P. III. cap. 5. §. 49. und DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. VI. cap. 25. pag. 273. in fin.

66) DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. X. pag. 1104. RICHTER in Exposition. omn. Avthenticar. ad Avth. *Ex causa* cit. pag. 111. GUDELINUS de iure novissimo lib. II. cap. 7. pag. 69.

schlechthin auf die Avth. *Ex causa* Cod. de liberis praeterit. vel exheredat. in welcher es ohne Unterschied **heißt:** *Ex causa exheredationis vel praeteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutiones; caetera namque firma permanent.* Andere [67]) glauben, der Grund der Novelle 115. passe auch auf die Geschwister. Denn es sey doch nur eigentlich die Erbeinsetzung für pflichtwidrig zu halten, nicht die Vermächtnisse. Ja andere [68]) sagen sogar, man müsse die Novelle 115. auf die Geschwister ausdehnen, wenn deren auch darin keine Erwähnung geschehen wäre, weil es höchst ungereimt und inconsequent seyn würde, die Geschwister bey der Querel mehr zu begünstigen, als die Kinder und Eltern, da ihnen doch die Querel nur hypothetisch zustehe, und selbige auch sonst in den Erbschaftsgerechtsamen den letztern nachstehen müßten. Endlich wollen einige [69]) überhaupt noch daran zweifeln, ob nach dem ältern Rechte die Vermächtnisse ihre Gültigkeit verlohren haben, wenn das Testament von Geschwistern mit

67) PEREZ in Praelect. ad Cod. h. t. nr. 21. et 22. FRANTZKIUS in Comment. ad Dig. h. t. nr. 84. STRUV Syntagm. iur. civ. Ex. X. Th. 22.

68) VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 13. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. Westphal Theorie des R. R. von Testamenten §. 607. und §. 1043. *Io. El.* VOELCKER in Diss. de transitu querelae inoff. testam. ad heredes, praes. *Car. Frid.* WALCHIO def. *Ienae* 1771. §. VI. pag. 9. *Car. Frid.* PAELICKE Diss. de erroribus quibusdam circa querelam inoff. test. *Helmstadii* 1763. Err. XII. und *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 18.

69) *Io. God.* BAUER in Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis. §. 20.

mit der Inofficioſitäts-Querel angefochten worden. Denn alle Texte des ältern Rechts [70]) redeten blos von Teſtamenten der Eltern und Kinder, kein einziger von Geſchwiſtern. Ueberdem ſey es der Rechtsanalogie vollkommen gemäß, daß mit der Hauptſache das Acceſſorium nicht dahin falle, wenn ſolches für ſich beſtehen könne; dies ſey nun aber der Fall bey den Vermächtniſſen, als welche auch ab inteſtato gültig wären [71]). Dieſe Meinung ſoll auch nach dem Zeugniß mehrerer Rechtsgelehrten [72]) in der Praxis angenommen ſeyn.

Allein die entgegengeſetzte Meinung, welche von den meiſten Rechtsgelehrten [73]) vertheidiget wird, daß bey der

70) *L. 8. §. 16. L. 13. L. 28. D. h. t. L. 13. Cod. eodem.*

71) *L. 8. pr. et §. 1. L. 16. D. de iure codicill. §. 1. I. eodem. L. 88. in fin. D. de legat. II. L. 4. C. de Codicill. L. 3. in fin. C. ad SCtum Trebell.*

72) Man ſehe BERGER in Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 17. Not. 12. in fin. *de* CANNGIESSER Deciſion. Haſſo-Caſſellan. Tom. I. Deciſ. XXIV. nr. 12. pag. 73. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCIV. Coroll. 2. und Schmidt im theor. pract. Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 3. B. §. 547. S. 14.

73) *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. Cap. LXIII. §. 14. STRYK Uſ. mod. Pandecr. h. t. §. 6. LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 31. ZOESIUS in Comm. ad Pand. h. t. §. 41. GAIL Obſervat. Lib. II. Obſ. 113. nr. 7. BOEHMER in iure Dig. h. t. §. 18. SCHAUMBURG in Comp. iuris Dig. h. t. §. 12. HEINECCIUS in Elem. iur. civ. ſec ord. Pand. h. t. §. 53. WALCH Introd. in controv. iuris civ. pag. 367. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1701. nr. III. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 11. not.

Querel der Geschwister das ältere Recht gelte, und folglich die Vermächtnisse mit der Erbeinsetzung zu Grunde gehen, hat weit wichtigere Gründe für sich. Denn

1) redet die Novelle 115. ausdrücklich nur von Kindern und Eltern. Von Geschwistern ist nirgends die Rede. Es ist daher eine sehr willkührliche Ausdehnung der Novelle auf die Geschwister, welche um so weniger Statt finden kann, weil man auf solche Art im Stande wäre, alle Differenzen zwischen der Querel der Seitenverwandten und der übrigen Notherben mit einem Male aufzuheben. Daß die Avth. *Ex causa* Cod. de liberis praeterit. keinen Unterschied macht, kann nichts beweisen [74]). Denn die aus den Novellen excerpirten Authentiken können, da sie eine bloße Privatarbeit des Irnerius, und auch nicht unter öffentlicher Auctorität in das Corpus iuris übergegangen sind, auf ein legales Ansehen gar keinen Anspruch machen [75]).

2) Paßt

not. l. pag. 447 seq. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. 2. Obs. 232. HOMMEL Diss. de differentiis inter querelam inoff. quae parentibus ac lib. et quae fratrib. competit. §. 10. MALBLANC Princip. iuris sec. ord. Digest. T. III. §. 698. Gebr. Overbek Meditationen über versch. Rechtsmaterien. 2. B. Medit. 80. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 535. Not. 1. THIBAUT System des Pandectenrechts Tom. II. §. 819. S. 233. Book Lehre von der Enterbung §. 16. S. 44. und GAMBSJAEGER in Diss. de testam. inoff. P. IV. §. 4. Not. 21.

74) Mit Recht sagt daher GAILL in Observat. pract. Lib. II. pag. 1098. *Meminisse oportet, praedictam Avthenticam* ex causa *non habere locum in transversalibus, utputa si frater fratrem praeteriret, instituta turpi persona.*

75) Webers Versuche über das Civilrecht S. 37. folg.

2) Paßt auch der Grund der Novelle 115. gar nicht auf die Geschwister. Denn daß bey der Querel der Kinder und Eltern nur die Erbeinsetzung rescindirt wird, hat seinen Grund darin, weil nach diesem Gesetz den Kindern und Eltern der ihnen gebührende Pflichttheil titulo heredis hinterlassen werden muß. Ist nun dieses nicht geschehen, so hat der Testirer nur in Ansehung der Erbeinsetzung pflichtwidrig gehandelt; dahingegen können weder die Vermächtnisse noch die Fideicommisse, welche der Erblasser in seinem Testament verordnet hat, als pflichtwidrig angesehen werden. Allein da den Geschwistern der Pflichttheil quocunque titulo hinterlassen werden kann; so hat der Testirer, wenn er denselben eine schändliche Person vorgezogen hat, ohne sie auch nur mit einem Vermächtniß zu bedenken, nicht nur in Ansehung der Erbeinsetzung, sondern auch in Ansehung der Vermächtnisse lieblos gehandelt, daher ist hier billig das ganze Testament als pflichtwidrig zu rescindiren.

3) Wenn das Testament als pflichtwidrig rescindirt wird, so gelten nach der Bemerkung des **Claudius Tryphoninus** über **Scävola** [76]) auch nicht einmahl die Vermächtnisse ab intestato, selbst wenn die Codicillar-Clausel hinzugefügt seyn sollte, weil man den Erblasser gleichsam als wahnsinnig ansahe; und **Ulpian** [77]) bemerkt noch, daß sogar die von den Testamentserben etwa schon ausbezahlten Legate wieder zurückgefordert werden können. Nun ist

76) *L.* 13. *D. h. t.* Man vergleiche Westphal von Testamenten §. 1044. und THIBAUT System des Pandectenrechts 2. Th. §. 785.

77) *L.* 8. §. 16. *D. h. t.*

ist der alte Grund der Querel, als ob der Testirer nicht recht bey Verstande gewesen seyn könne, bey der Inofficiositätsklage der Geschwister nicht aufgehoben, wie schon oben S. 419. gezeigt worden; und es ist ganz unerweislich, wenn **Bauer** [78]) behaupten will, es sey schon ehemals bey der Querel der Geschwister, in Ansehung der Vermächtnisse anders gewesen, als bey Kindern und Eltern. Denn **Paulus** [79]) sagt ganz allgemein: Cum contra testamentum, ut *inofficiosum*, iudicatur, *testamentifactionem habuisse defunctus non creditur;* und an einem andern Orte [80]) heißt es: Cum *inofficiosum* testamentum arguitur, *nihil ex eo testamento valet.* Wenn man nun hiergegen

4) einwendet, es sey ungereimt, daß die Geschwister, welche blos aus Haß gegen eine verächtliche Person zur Querel gelassen würden, hierin ein besseres Loos, als die näheren Blutsfreunde, treffen sollte, und daß es unbillig sey, wenn die unschuldigen Legatarien durch die Einsetzung des schändlichen Erben leiden sollten; so hat man offenbar nicht bedacht, daß doch immer die Lage der Geschwister bey der Querel schlimmer, als die der Kinder und Eltern ist, indem eines Theils die erstern sich nur dann über lieblose Ausschließung beklagen können, wenn ihnen eine schändliche Person ist vorgezogen worden; andern Theils aber auch hier dem Kläger bey der Querel der Beweis obliegt, daß er sich brüderlich gegen den Verstorbenen betragen habe [81]).

Ueber-

78) Siehe oben die Not. 68.

79) *L. 17. §. 1. D. h. t.*

80) *L. 28. in fin. D. eodem.*

81) Man sehe, was von diesem Beweis oben S. 401. ausführlicher gesagt worden ist, und vergleiche noch **Weber** zu **Höpf.**

Ueberhaupt aber kann nie die Billigkeit zum Vorwande dienen, um sich eine Abweichung von der Vorschrift eines klaren Gesetzes zu erlauben [82]); und nie kann unter dem Vorwande einer Gleichheit der Gründe eine unschickliche Ausdehnung der Gesetze zugelassen werden [83]).

Uebrigens ist noch

4) zu bemerken, daß der Erbe in Ansehung dessen, was er vor entstandenem Processe, als Erbe, nach der Verordnung des Testaments, geleistet, oder auf die Antretung der Erbschaft verwendet hat, entschädiget werden müsse [84]). Was er also an Schulden des Erblassers, ferner an Vermächtnissen, ausbezahlt, desgleichen was er zur Erfüllung einer ihm auferlegten Bedingung geleistet hat, muß ihm vergütet werden, und er kann entweder bey der Restitution der Erbschaft das Bezahlte in Abrechnung bringen [85]), oder solches von den Empfängern mit der condictione indebiti zurückfordern [86]), oder von dem Kläger mit der actione negotiorum gestorum utili Entschädigung verlangen.

Höpfners Commentar über die Institutionen. §. 533. Not. 2. S. 604.

82) S. *Alb.* BOLOGNETI de lege, iure et aequitate Disputationes (*Witebergae* 1594. 8.) Cap. 34. nr. 9. pag. 638. wo er sagt: *Nam cum ad legis sententiam interpretatio omnis, quae fit ex aequo et bono, referenda sit, non poterit videri ea fuisse legislatoris sententia, quae verbis perspicuis adversatur.*

83) S. Webers Versuche über das Civilrecht Nr. I. §. 19. S. 58.

84) *L. 8. §. 16. D. h. t. L. 21. §. 1. L. 26 D. eodem.*

85) *L. 5. C. de heredit. petit.*

86) *L. 8. §. 16. D. h. t.*

gen [87]). Der obsiegende Kläger kann auch selbst die condictio indebiti utilis anstellen [88]), insofern der Gewinn des Prozesses auch die Hinfälligkeit der Vermächtnisse zur Folge hat. Was der Testamentserbe während des Prozesses bezahlte, dafür kann er keinen Ersatz fordern, wenn er wußte, daß es eine Nichtschuld war [89]).

§. 559.

Beschränkter Gebrauch der Querel. Nachtheilige Folge eines mißlungenen Versuchs derselben.

Der Gebrauch der Inofficiositätsklage ist übrigens auf mancherley Art beschränkt, wovon man den Grund gewöhnlich [90]) darin setzt, daß diese Klage bey den Römern nicht sehr beliebt gewesen, theils wegen des Vorwandes der Blödsinnigkeit des Testirers, theils weil dadurch ein Testament aufgehoben wird, an dessen Erhaltung doch den Römern soviel gelegen war [91]). Daher soll

1) die

87) S. den 5. Th. dieses Commentars §. 421. S. 347.

88) *L.* 8. §. 16. *D. h. t.* Man sehe hier Westphal von Testamenten §. 1043.

89) *L.* 21. §. 1. *D. h. t.* Westphal §. 1050.

90) VOET in Comm. ad Dig. h. t. §. 20. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 535. S. 607.

91) So soll z. B. wenn in einem Gericht die Meinungen der Richter dergestalt getheilt sind, daß eben so viele für als gegen das Testament stimmen, nach der erstern Meinung das Urtheil gesprochen werden. *L. 10. pr. D. h. t.* Man vergleiche über diese Stelle Cujaz Observat. Lib. X. cap. 20. vorzüglich aber Zepernik zu CICCAMA de iudicio centumvir lib. II. cap. 7. not. a. pag. 157. seqq.

1) die Querel nicht Statt finden, wenn der Ausgeschlossene durch ein anderes Rechtsmittel zur Erbschaft gelangen kann. **Justinian** sagt [92]: Qui ad hereditatem totam vel partem eius *alio iure* veniunt, *de inofficioso* agere non possunt; ja er nennt die Querel an einem andern Orte [93]) ausdrücklich das *ultimum adiutorium*, also das letzte Rechtsmittel, welches folglich, so lange andere Rechtsmittel vorhanden sind, nicht gebraucht werden soll. Nach dieser Ansicht dürfte also derjenige, welcher das Testament als nullum, oder ruptum oder irritum anfechten kann, die Querelam inofficiosi nicht anstellen; und derjenige, welcher mit dieser Klage nicht glücklich gefahren wäre, müßte nun alles verlohren haben. Daß dieses aber doch der Fall nicht sey, ist aus den Gesetzen deutlich zu ersehen. Schon die Gesetze der Pandecten [94]) gestatten dem ausgeschlossenen Notherben, der mehrere Gründe das Testament zu bestreiten für sich hat, die Wahl, aus welchem Grunde er dasselbe zuerst angreifen wolle; und nach den Gesetzen des Codex [95]) kann er sogar, wenn er auch

92) §. 2. *I. h. t.*

93) *L. ult. C. de lib. praeterit.* S. PÜTTMANN Diss. Inofficiosi querelam testamenti remedium subsidiarium esse. (in EIUS *Adversar. iur. univ.* Lib. I. cap. 6.)

94) *L.* 8. §. 12. *D. h. t.* Si quis et *irritum* dicat testamentum vel *ruptum*, et *inofficiosum*, conditio ei deferri debet, *utrum prius movere volet.*

95) *L.* 14. *C. eodem.* Eum, qui *inofficiosi querelam* delatam non tenuit, (d. i.) *in querela delata non obtinuit*, wie es Westphal von Testamenten §. 1024. S. 760. richtig erklärt;) a *falsi accusatione* non submoveri placuit. Idem observatur et si e contrario *falsi crimine instituto* victus, postea *de inofficioso* actio-

auch mit der Inofficiositätsklage den Proceß verlohren hätte, nachher noch auf die Nichtigkeit des Testaments klage: und wenn er zuerst auf die Nichtigkeit geklagt, und den Proceß verlohren hätte, noch immer die Inofficiositätsklage ergreifen.

2) Die Querel geht nicht auf die Erben des Ausgeschlossenen über, wenn derselbe stirbt, ohne sie bey seinem Leben angestellt, oder wenigstens zu deren Anstellung die nöthige Zubereitung gemacht zu haben. Hierher gehört wenn Ulpian [96]) sagt: Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querelam transferat? PAPINIANUS respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur; si post agnitam bonorum possessionem, esse successionem accusationis, et, si non sit petita bonorum possessio, iam tamen coepta controversia vel praeparata; vel si, quum venit ad movendam inofficiosi querelam, decessit; puto ad heredem transire. Zu einer solchen Zubereitung, welche erfordert wird, um die Querel auf die Erben zu bringen, ist jedoch schon hinreichend, wenn der Ausgeschlossene auch nur noch bey seinem Leben mit Anstellung der Klage gedrohet [97]), oder

actionem exercere maluerit. *L. 16. C. eodem.* Contra maiores viginti quinque annis duplicem actionem inferentes, primam, quasi testamentum non sit *iure perfectum*; alteram, quasi *inofficiosum*, licet iure perfectum, praescriptio ex prioris iudicii mora quinquennalis temporis non nascitur, quae officere non cessantibus non potest. Man sehe Westphal von Testamenten §. 1022.

96) *L. 6. §. 2. D. h. t.*

97) *L. 7. D. h. t.* Is si *comminatus tantum accusationem fuerit*, vel usque ad *denunciationem* vel *libelli dationem* processerit, ad here-

1) die Querel nicht Statt finden, wenn der Ausgeschlossene durch ein anderes Rechtsmittel zur Erbschaft gelangen kann. Justinian sagt [92]): Qui ad hereditatem totam vel partem eius *alio iure* veniunt, *de inofficioso* agere non possunt; ja er nennt die Querel an einem andern Orte [93]) ausdrücklich das *ultimum adiutorium*, also das letzte Rechtsmittel, welches folglich, so lange andere Rechtsmittel vorhanden sind, nicht gebraucht werden soll. Nach dieser Ansicht dürfte also derjenige, welcher das Testament als nullum, oder ruptum oder irritum anfechten kann, die Querelam inofficiosi nicht anstellen; und derjenige, welcher mit dieser Klage nicht glücklich gefahren wäre, müßte nun alles verlohren haben. Daß dieses aber doch der Fall nicht sey, ist aus den Gesetzen deutlich zu ersehen. Schon die Gesetze der Pandecten [94]) gestatten dem ausgeschlossenen Notherben, der mehrere Gründe das Testament zu bestreiten für sich hat, die Wahl, aus welchem Grunde er dasselbe zuerst angreifen wolle; und nach den Gesetzen des Codex [95]) kann er sogar, wenn er auch

92) §. 2. *I. h. t.*

93) *L. ult. C. de lib. praeterit.* S. PÜTTMANN Diss. Inofficiosi querelam testamenti remedium subsidiarium esse. (in EIUS *Adversar. iur. univ.* Lib. I. cap. 6.)

94) *L.* 8. §. 12. *D. h. t.* Si quis et *irritum* dicat testamentum vel *ruptum*, et *inofficiosum*, conditio ei deferri debet, *utrum prius movere volet.*

95) *L.* 14. *C. eodem.* Eum, qui *inofficiosi querelam* delatam non tenuit, (d. i.) *in querela delata non obtinuit*, wie es Westphal von Testamenten §. 1024. S. 760. richtig erklärt;) a *falsi accusatione* non submoveri placuit. Idem observatur et si e contrario *falsi crimine instituto* victus, postea *de inofficioso actio-*

auch mit der Inofficiositätsklage den Proceß verlohren hätte, nachher noch auf die Nichtigkeit des Testaments klagen; und wenn er zuerst auf die Nichtigkeit geklagt, und den Proceß verlohren hätte, noch immer die Inofficiositätsklage ergreifen.

2) Die Querel geht nicht auf die Erben des Ausgeschlossenen über, wenn derselbe stirbt, ohne sie bey seinem Leben angestellt, oder wenigstens zu deren Anstellung die nöthige Zubereitung gemacht zu haben. Hierher gehört wenn **Ulpian** [96]) sagt: Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querelam transferat? PAPINIANUS respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur; si post agnitam bonorum possessionem, esse successionem accusationis, et, si non sit petita bonorum possessio, iam tamen coepta controversia vel praeparata; vel si, quum venit ad movendam inofficiosi querelam, decessit; puto ad heredem transire. Zu einer solchen Zubereitung, welche erfordert wird, um die Querel auf die Erben zu bringen, ist jedoch schon hinreichend, wenn der Ausgeschlossene auch nur noch bey seinem Leben mit Anstellung der Klage gedrohet [97]), oder

actionem exercere maluerit. *L. 16. C. eodem.* Contra maiores viginti quinque annis duplicem actionem inferentes, primam, quasi testamentum non sit *iure perfectum*; alteram, quasi *inofficiosum*, licet iure perfectum, praescriptio ex prioris iudicii mora quinquennalis temporis non nascitur, quae officere non cessantibus non potest. Man sehe **Westphal** von Testamenten §. 1022.

96) *L. 6. §. 2. D. h. t.*

97) *L. 7. D. h. t.* Is si *comminatus tantum accusationem fuerit*, vel usque ad *denunciationem* vel *libelli dationem* processerit, ad here-

ar meint Hellfeld, daß in dem bemerkten Falle die erel auf alle Erben des enterbten Sohns (heredes ex-redati extraneos) übergehe; und Walch [3]) behauptet ar, daß nach dem neuesten Röm. Rechte zur Transmis- n der Querel nicht einmahl die Präparation mehr thig sey. Allein alle diese Ideen sind ungegründet. ustinian [4]) sagt ausdrücklich: Iubemus, in tali specie idem iura *nepoti* dari, quae *filius* habebat; etsi prae-aratio facta non est ad inofficiosi querelam instituen-am, tamen posse *nepotem* eandem causam proponere. Noch deutlicher aber werden in einer neuern Constitution ieses Kaisers [5]) die heredes extranei des enterbten Sohns usgeschlossen, in welcher es heißt: In *medio* tamen *tem-pore*, id est, a morte quidem testatoris, sed *ante aditam hereditatem*, si decesserit *filius*, huiusmodi querelam (*licet se non praeparaverit*) ad suam *posteritatem* transmit-tet: ad *extraneos* vero *heredes* tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciet *praeparationem*. Der Grund, den Walch von der aufgehobenen ratione legis hernimmt, wird Niemanden überzeugen, der da weiß, daß die Anwendung eines römischen Gesetzes darum noch nicht gleich wegfällt, wenn gleich die Umstände, welche auf das Gesetz eine Beziehung haben, bey uns wegfallen [6]).

 Man

3) Diss. de transitu querelae inoff. testam. ad heredes. *Jenae* 1772. §. 8. Eben diese Meinung vertheidigte nachher auch *Chr. Henr.* BREUNING in Quaest. iur. controv. An supersit causa odii querelae inoff. testam. *Lipsiae* 1773. §. 3. et 8.

4) *L* 34. *C. cit.*

5) *L.* 36. §. 2. *in fin. Cod. h. t.*

6) S. Webers Versuche über das Civilrecht Nr. I. §. 16. S. 52. ff. und dieses Commentars 2. Th. §. 58. S. 363.

Man kann daher immerhin zugeben, daß das alte Fundament, welches diese Klage gehässig machte, durch das neueste röm. Recht aufgehoben worden sey, daraus folgt aber noch nicht, daß die Querel ohne Präparation auf die Erben gehe. Ihr Fundament bleibt immer ein bloß persönliches, wie bey der Injurienklage [7]). Hiermit stimmt auch der Gerichtsgebrauch [8]) überein.

3) Die Inofficiositätsklage dauert nur fünf Jahre und ist nach Ablauf dieser Frist erloschen [9]), wofern nicht hinlängliche Ursachen vorhanden seyn sollten, aus welchen der Enterbte, der die Zeit versäumt hat, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangen könnte [10])

Die

7) *Jac.* VOORDA Interpretat. iur. Rom. lib. II. cap. 14. pag. 162.

8) G. de Canngiesser Decisiones Hasso-Cassellan. Tom. I. Decis. CII. nr. 13.

9) L. 8. §. 17. *L. 9. D. de inoff. testam. L. 5 C. Th. eodem. L. 16. L. 34. in fin. L. 36. §. 2. Cod. Justin. eod. tit.* Ob die Querel auch in dem Falle auf den kurzen Zeitraum von 5 Jahren eingeschränkt sey, wenn sie als eine Einrede gegen die Klage des Testamentserben vorgebracht wird, (§. 552. S. 352. folg.) ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Mehrere wollen dieses behaupten, als *Jo.* SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exerc. XI. §. 32. *Pet. de* GREVE in Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora. Exerc. VII. §. 20. *Mich. Godofr.* WERNHER in lectissim. Commentat. ad Pandect. P. I. h. t. §. 13. pag. 277. Allein daß die Regel, nach welcher die Einreden des Beklagten vor angestellter Klage durch keine Verjährung erlöschen, hier keine Ausnahme leiden, hat Herr Prof. Weber in den Beyträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1 Stück. Nr. I. S. 7. folgg. sehr gründlich gezeigt.

10) *L. 8. §. 17. D. h. t.* Plane si *post quinquennium* inofficiosum dici coeptum est ex *magna* et *iusta causa*, libertates non esse

Zwar meint Hellfeld, daß in dem bemerkten Falle die Querel auf alle Erben des enterbten Sohns (heredes exheredati extraneos) übergehe; und **Walch** [3]) behauptet sogar, daß nach dem neuesten Röm. Rechte zur Transmission der Querel nicht einmahl die Präparation mehr nöthig sey. Allein alle diese Ideen sind ungegründet. **Justinian** [4]) sagt ausdrücklich: Iubemus, in tali specie eadem iura *nepoti* dari, quae *filius* habebat; etsi praeparatio facta non est ad inofficiosi querelam instituendam, tamen posse *nepotem* eandem causam proponere. Noch deutlicher aber werden in einer neuern Constitution dieses Kaisers [5]) die heredes extranei des enterbten Sohns ausgeschlossen, in welcher es heißt: In *medio* tamen *tempore*, id est, a morte quidem testatoris, sed *ante aditam hereditatem*, si decesserit *filius*, huiusmodi querelam (*licet se non praeparaverit*) ad suam *posteritatem* transmittet: ad *extraneos* vero *heredes* tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciet *praeparationem*. Der Grund, den **Walch** von der aufgehobenen ratione legis hernimmt, wird Niemanden überzeugen, der da weiß, daß die Anwendung eines römischen Gesetzes darum noch nicht gleich wegfällt, wenn gleich die Umstände, welche auf das Gesetz eine Beziehung haben, bey uns wegfallen [6]).

3) Diss. de transitu querelae inoff. testam. ad heredes. *Jenae* 1772. §. 8. Eben diese Meinung vertheidigte nachher auch *Chr. Henr.* BREUNING in Quaest. iur. controv. An supersit causa odii querelae inoff. testam. *Lipsiae* 1773. §. 3. et 8.

4) *L* 34. *C. cit.*

5) *L.* 36. §. 2. *in fin. Cod. h. t.*

6) S. **Webers** Versuche über das Civilrecht Nr. I. §. 16. S. 52. ff. und dieses Commentars 2. Th. §. 58. S. 363.

Folge jenes Grundsatzes zu beschränken [12]). Fällt nun gleich dieser Grund heut zu Tage weg, so hat man es doch bey dieser nachher durch die Gesetze selbst bestimmten Dauer um so mehr bewenden lassen, da auch jetzt noch immer Grund genug zur Einschränkung dieser Klage vorhanden ist [13]).

Um jedoch den Zeitpunct genauer zu bestimmen, da die Klage ihren Anfang nimmt, so ist ein Unterschied zu machen, ob der Kläger noch minderjährig, oder schon majorenn ist. Einem noch minderjährigen Kläger läuft das Quinquennium nicht eher, als nach dem Eintritt der Großjährigkeit [14]). Ist hingegen der Enterbte schon majorenn, so wird das Quinquennium von der Zeit an gerechnet, da der Erbe die Erbschaft angetreten hat [15]). Es wird

12) Man vergleiche hier vorzüglich PÜTTMANN c. l. pag. 149. und desselben Adversaria iuris univ. Lib. I. cap. 6.

13) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 58. S. 363. folg.

14) *L. 2. C. In quib. caus. in integr. restitutio necess. non est.* Adolescentiae tempus non imputari in id quinquennium liberis, cuius praescriptis feram inofficiosi quaestionem moventibus opponi solet, manifeste ante descripsimus. Impleta igitur aetate legitima, non est in integrum restitutio necessaria: quia non redintegratio amissae causae his datur, sed integra ipsa causa servatur.

15) Vor Justinian war es unter den alten Rechtsgelehrten streitig, wenn das Quinquennium zu laufen anfange; Ulpian rechnete den Anfang von der Antretung der Erbschaft, Herennius Modestinus aber schon von dem Tode des Testirers. Es erhellet dies aus *L. 36. §. 2. C. h. t.* wo Justinian diesen Streit entschied. Illud praeterea sancimus, heißt es daselbst, ut tempora inofficiosi querelae *ab adita hereditate* secundum *Ulpiani* opinionum currant, *Herennii Modestini* sententia

rd jedoch vorausgesetzt, daß der Kläger in Anstellung der
lage nicht gehindert sey. Denn das Quinquennium ist ein
empus ratione initii utile [16]). Es wird daher die Zeit
icht gerechnet, da die Querel noch nicht erhoben werden
onnte. Hatte der Kläger zuerst die Nullitätsklage ange-
tellt, aber den Prozeß verlohren, so kann auch selbst dem
najorennen Kläger die Einrede der Verjährung nicht ent-
gegen gesetzt werden, wenn er nachher noch zur Inofficiosi-
tätsklage seine Zuflucht nimmt, wenn gleich während der
Zeit, da der Nichtigkeitsproceß geführt wurde, das Quin-
quennium bereits verstrichen wäre. Denn diese Zeit wird
nicht gerechnet, weil in derselben die Inofficiositätsklage
nicht erhoben werden konnte [17]). Aus eben diesem Grun-
de kann daher auch denen, welche durch Succession zur
Querel kommen, (S. 378.) das Quinquennium nicht eher,
als von der Zeit, zu laufen anfangen, da diejenigen, welche
der Ordnung nach die nächsten zur Querel waren, sich ent-
weder ihres Anspruchs begeben, oder ihr Klagerecht durch
Verjährung verlohren haben, oder mit der Klage abgewie-
sen worden sind [18]).

tentia recusata, qui a morte testatoris illico cursum de inofficioso querelae temporis dabat. S. *Franc.* RAGUELLI Commentar. ad constitut. et Decision. Justiniani Lib. III. pag. 165.

16) Siehe den 3. Th. dieses Commentars §. 269. a. S. 501. folg.

17) *L.* 16. *C. h. t.* wo es heißt: praescriptio ex prioris iudicii mora quinquennalis temporis non nascitur, *quae officere non cessantibus non potest.* Man sehe PÜTTMANNI Adversaria iuris univ. Lib. I. cap. 6. pag. 117. seqq. und Westphal von Testamenten §. 1024. S. 760.

18) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1704. in fin. pag. 885.

4) Hat der Kläger die Querel ohne Grund erhoben er habe nun für sich selbst, oder freywillig für einen andern querulirt, und er wird abgewiesen, so macht er sich zur Strafe auch des Vermächtnisses verlustig, welches ihm etwa in dem Testament war hinterlassen worden, weil er das Andenken des Erblassers dadurch beschimpft hat; und der Fiskus ist befugt, solches in Beschlag zu nehmen [19]). Die Strafe fällt jedoch weg,

1) wenn der Vormund die Querel für seinen enterbten Mündel aus Amtspflicht erhob [20]). Dieser ist einem bloßen Sachwalter nicht gleich zu achten, der den Auftrag ablehnen konnte [21]).

2) Wenn der Kläger den Prozeß liegen ließ, oder noch vor dem Endurtheil starb [22]). Denn der Kläger muß den Prozeß bis zum Endurtheil nicht nur fortgesetzt, sondern auch dieses noch erlebt haben [23]).

3) Wenn ohne gründliche Untersuchung der Sache bloß in contumaciam erkannt worden ist [24]).

Ueber-

19) *L.* 8. §. 14. *D. h. t.*

20) §. 5. *I. h. t.* *L.* 30. §. 1. *D. eodem.* *L.* 22. *D. de his, quae ut indign.*

21) *L.* 5. §. 11. *D. de his, quae ut indignis. de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 24. Exc. 1. Westphal von Testamenten §. 1070.

22) *L.* 8. §. 14. *D. h. t.*

23) Westphal §. 1054.

24) *L.* 8. §. 14. *cit.* Proinde et si absente eo secundum praesentem pronuncietur, potest dici, conservandum ei, quod accepit.

Ueberhaupt aber wollen mehrere Rechtsgelehrten[25]) ehaupten, daß diese Strafe heutiges Tages ganz wegfallen üsse, weil eines Theils durch die Querel nach der Noelle 115. die Vermächtnisse nicht mehr zu Grunde gehen, ndern Theils aber auch die Anfechtung eines Testaments us dem Grunde der Pflichtwidrigkeit keine so grobe Beeidigung mehr für den Testirer sey, als ehemals, da der Kläger den colorem dementiae zur Begründung seiner Klage zu Hülfe nehmen mußte, welcher aber h. z. T. wegfalle. Allein alle diese Gründe sind von keinem sonderlichen Gewicht. Denn

1) redet die Novelle ausdrücklich nur von solchen Vermächtnissen, die andern Personen, und nicht dem, welcher die Querel anstellt, hinterlassen worden sind, und welche dieser, wenn er den Proceß gewinnt, selbst auszahlen muß. Sie findet also auf den gegenwärtigen Fall gar keine Anwendung.

2) läßt sich auch nicht behaupten, daß der color insaniae bey der Querel im neuern römischen Rechte ganz aufgehoben sey. Das Gegentheil ist oben (S. 420.) dargethan worden. Fällt nun aber auch dieser Vorwand bey der Querel der Kinder und Eltern nach der Nov. 115. weg, so bleibt es immer noch eine harte Beleidigung des Testirers, wenn man sein Testament als pflichtwidrig ansicht; und dann muß man

25) *Ev.* OTTO in Comm. ad Institut. h. t. §. 5. pag. 298. seq. *Jo. Chrph.* WOLTAER Observat. iur. civ. et Brandenb. Fasc. II. Obs. 26. und *Jo. Chrph.* KOCH in Specim. comp. Pand. acced. Meditat. ad SCHAUMBURGI compend. Dig. medit. 5.

3) auch hier bedenken, was ich schon mehrmals erinnert habe, daß manche Folgesätze des röm. Rechts noch h. z. T. gelten, wenn gleich das Hauptprincip, woraus sie herfliessen, längst aufgehoben ist.

Mit Recht wird daher von andern Rechtsgelehrten [26]) jene Meinung verworfen, und practische Juristen [27]) bezeugen, daß die Strafe der Confiskation in dem bemerkten Falle noch jetzt im Gebrauch sey.

Diejenigen, welche behaupten, daß Kinder und Eltern nach der Novelle 115. die querelam inofficiosi gar nicht mehr hätten, sondern das Testament durch eine qualificirte Erbschaftsklage als nichtig bestreiten könnten, wenn die Vorschriften dieser Novelle nicht beobachtet worden, handeln zwar ganz consequent, wenn sie sagen, daß alle jene Folgen, welche der Natur der Querel, als einer odiösen Klage, eigen waren, bey dieser Nichtigkeitsklage wegfallen [28]). Bey dieser Klage könne also den sachfälligen Theil weder jene Strafe der Confiskation in Ansehung des ihm hinterlassenen Legats treffen, noch bedürfe es hier einer Vorbereitung zur

26) Westphal Theorie des R. R. von Testamenten §. 1054. S. 787. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. x. Höpfner in Commentar §. 535. N. 4. THIBAUT System des P. R. Th. 2. §. 818. S. 233.

27) STRYK Us. mod. Pand. Lib. XXXIV. Tit. 9. §. 3. RICHTER Decis. XLII. nr. 7. et 13. WERNHER Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 161. REINHARTH ad *Christinaeum* Vol. IV. Obs. 41. pag. 42.

28) Man sehe Hoof Lehre von der Enterbung §. 24. und §. 27. und THIBAUT System des Pand. R. 2. B. §. 819.

Ueberhaupt aber wollen mehrere Rechtsgelehrten [25]) behaupten, daß diese Strafe heutiges Tages ganz wegfallen müſſe, weil eines Theils durch die Querel nach der Novelle 115. die Vermächtnisse nicht mehr zu Grunde gehen, andern Theils aber auch die Anfechtung eines Teſtaments aus dem Grunde der Pflichtwidrigkeit keine so grobe Beleidigung mehr für den Teſtirer ſey, als ehemals, da der Kläger den colorem dementiae zur Begründung ſeiner Klage zu Hülfe nehmen mußte, welcher aber h. z. T. wegfalle. Allein alle dieſe Gründe ſind von keinem ſonderlichen Gewicht. Denn

1) redet die Novelle ausdrücklich nur von ſolchen Vermächtniſſen, die andern Perſonen, und nicht dem, welcher die Querel anſtellt, hinterlaſſen worden ſind, und welche dieſer, wenn er den Proceß gewinnt, ſelbſt auszahlen muß. Sie findet alſo auf den gegenwärtigen Fall gar keine Anwendung.

2) läßt ſich auch nicht behaupten, daß der color inſaniae bey der Querel im neuern römiſchen Rechte ganz aufgehoben ſey. Das Gegentheil iſt oben (S 420.) dargethan worden. Fällt nun aber auch dieſer Vorwand bey der Querel der Kinder und Eltern nach der Nov. 115. weg, ſo bleibt es immer noch eine harte Beleidigung des Teſtirers, wenn man ſein Teſtament als pflichtwidrig anſicht; und dann muß man

Gg 5 3) auch

25) *Ev.* OTTO in Comm. ad Inſtitut. h. t. §. 5. pag. 298. ſeq. *Jo. Chrph.* WOLTAER Obſervat. iur. civ. et Brandenb. Faſc. II. Obſ. 26. und *Jo. Chrph.* KOCH in Specim. comp. Pand. acced. Meditat. ad SCHAUMBURGI compend. Dig. medit. 5.

agnoverit eius iudicium, sed oppugnandum putaverit, *vetere iurgio exploso*, huiusmodi pacto filium minime gravari, secundum *Papiniani* responsum, in quo definivit, *meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos.* Justinian bemerkt hier, es sey über die Frage, die er hier entschieden hat, ein Streit unter den alten Rechtsgelehrten gewesen. Davon findet sich indessen keine Spur; vielmehr war mit Papinian auch Paulus [30]) vollkommen einverstanden, welcher sogar den nämlichen Grund braucht, wenn er sagt: Pactio talis, *ne de inofficioso testamento dicatur*, querelam super iudicio futuram non excludit. *Meritis enim liberos, quam pactionibus adstringi placuit.* Viele [31]) glauben, daß von dieser Vorschrift des römischen Rechts heutiges Tages kein Gebrauch mehr zu machen sey, weil nach den Grundsätzen des teutschen Rechts Erbverzichte gültig wären. Andere [32]) hingegen sind der Meinung, es finde zwar eine Entsagung Statt; sie müsse aber eidlich bestärkt werden; denn dieses erfordere das Canonische Recht [33]). Dies behauptet auch Hellfeld. Allein jene Vorschrift des römischen Rechts, welche die Entsagung der Querel bey Lebzeiten des Erblassers für ungültig erklärt, beruhet auf einem ganz andern Grunde

30) *Sentent. recept.* Lib. IV. Tit. 5. §. 8. in SCHULTING *Jurispr. Antejust.* pag. 399.

31) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1703. Schmidt Commentar über s. Vaters Lehrbuch von Klagen 3. B. §. 548. S. 18. THIBAUT System des Pandectenrechts 2. B. §. 818. S. 233.

32) LEYSER Meditat ad Pand. Specim. XCIII. Cor. 3.

33) Arg *cap. 2. de pactis in 6to.*

unde, als dem, welchen man gewöhnlich angiebt, daß
mlich Erbverzichte nach dem römischen Rechte [34]) ungül.
wären. Justinian erklärt vielmehr den Vertrag, den
r Vater mit seinem Sohne über die Entsagung der
uerel geschlossen, nach dem Gutachten des Papinians
irum für unverbindlich, *quia meritis magis filii ad paterna
bsequia provocandi sunt, quam pactionibus adstringendi*;
der, wie es die Basilica [35]) ausdrücken: μᾶλλον ἐνεργεσίαις
beneficiis [36]) προκαλεῖσθαι πρὸς ὑπακοὴν εἰς τὰς πατρικὰς
πηρεσίας ἀπὸ τῶν πατέρων τὰς παῖδας, καὶ μὴ διὰ συμφώ-
ων συσφίξεσθαι; d. i. weil Väter ihre Kinder zur Befol-
gung ihres Willens vielmehr durch Wohlthaten aufmun-
tern, als durch Verträge, wodurch sie dieselben um ihr
Recht bringen, verbinden sollen. Dieser Grund findet auch
auf unsere heutige Verfassung vollkommene Anwendung,
da die Lehre von dem Pflichttheile der Notherben aus dem
römischen Rechte herstammt, und nach den Grundsätzen
desselben beurtheilt werden muß. Nach diesen Grundsätzen
aber darf der Pflichttheil auf keine Weise geschmälert wer-
den, und selbst alsdann, wenn Kinder die Enterbung ver-
dient haben, muß diese dennoch nach Vorschrift der Gesetze
mit Anführung einer rechtmäßigen Ursache geschehen, wenn
das Testament nicht angefochten werden soll. Fehlt es an
einer

34) *L. 94. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 16. D. de suis et legitim. hered. L. 3. C. de Collation.*

35) Tom. V. Lib. XXXIX. Tit. 1. pag. 216.

36) **Strauch** a. a. O. Cap. III. nr. 2. erklärt dieses sehr richtig, wenn er sagt: quod fit gerendo se erga filium ex officio paterna, non ἀκαθεικόντως, *inofficiose*, nempe si ei relinquit, quantum legibus debebatur.

einer solchen Ursache, und der Sohn paciscirt mit dem Vater, daß er gegen den Empfang einer Summe das Testament nicht anfechten wolle, in welchem ihn der Vater enterben würde, so ist der Vertrag offenbar gesetzwidrig. Wie aber, wenn der Notherbe seines Pflichttheils wegen vollkommen abgefunden wäre? Nach Ulpian [37]) würde ihm hier die exceptio doli entgegen gesetzt werden können, wenn er der geschehenen Verzichtleistung zuwider die Inofficiositätsklage anstellen wollte. Ulpian redet zwar nur vom Vater, wenn er sagt: Si parens vel accepit pecuniam, ut emanciparet, vel postea vivus in eum filius, *quantum satis est*, (unstreitig den Pflichttheil) contulit, ne iudicia eius inquietet, *exceptione doli* repellitur. Allein man kann mit Grund behaupten, daß er in dem Falle, da der Sohn der abgefundene Theil ist, nicht anders gesprochen haben würde. Ob aber auch noch nach der 115. Novelle dem Sohne oder Vater die Einrede des Dolus entgegenstehen würde, ist eine andere Frage. Ich glaube sie, nach den klaren Worten des 3. und 4. Kap. dieser Novelle, gerade zu verneinen zu können. Denn Justinian sagt ausdrücklich, es soll so wenig den Eltern erlaubt seyn ihre Kinder, als den Kindern ihre Eltern zu enterben, oder zu präteriren, *etsi quacunque donatione, vel legato, vel fideicommisso, vel* ALIO QUOCUNQUE MODO *partem legibus illis debitam dederint*; wenn sie sich nicht durch Undankbarkeit der Enterbung würdig gemacht haben, und eine von den im Gesetz bestimmten Ursachen angeführt wird. Dieses Gesetz würde also die kraftvolleste Replic gegen die exceptio doli darbieten. Und so läßt denn nun die

37) *L. 1. §. 3. D. Si quis a parente manumiss.*

Grunde, als dem, welchen man gewöhnlich angiebt, daß nämlich Erbverzichte nach dem römischen Rechte [34]) ungültig wären. **Justinian** erklärt vielmehr den Vertrag, den der Vater mit seinem Sohne über die Entsagung der Querel geschlossen, nach dem Gutachten des **Papinians** darum für unverbindlich, *quia meritis magis filii ad paterna obsequia provocandi sunt, quam pactionibus adstringendi*; oder, wie es die Basilica [35]) ausdrücken: *μᾶλλον ἐνεργεσίαις* (beneficiis [36]) *προκαλεῖσθαι πρὸς ὑπακοὴν εἰς τὰς πατρικὰς ὑπηρεσίας ἀπὸ τῶν πατέρων τοὺς παῖδας, καὶ μὴ διὰ συμφώνων συσφίξεσθαι*; d. i. weil Väter ihre Kinder zur Befolgung ihres Willens vielmehr durch Wohlthaten aufmuntern, als durch Verträge, wodurch sie dieselben um ihr Recht bringen, verbinden sollen. Dieser Grund findet auch auf unsere heutige Verfassung vollkommene Anwendung, da die Lehre von dem Pflichttheile der Notherben aus dem römischen Rechte herstammt, und nach den Grundsätzen desselben beurtheilt werden muß. Nach diesen Grundsätzen aber darf der Pflichttheil auf keine Weise geschmälert werden, und selbst alsdann, wenn Kinder die Enterbung verdient haben, muß diese dennoch nach Vorschrift der Gesetze mit Anführung einer rechtmäßigen Ursache geschehen, wenn das Testament nicht angefochten werden soll. Fehlt es an einer

34) *L. 94. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 16. D. de suis et legitim. hered. L. 3. C. de Collation.*

35) Tom. V. Lib. XXXIX. Tit. 1. pag. 216.

36) **Strauch** a. a. O. Cap. III. nr. 2. erklärt dieses sehr richtig, wenn er sagt: quod sit gerendo se erga filium ex officio paterna, non *ἀκαθεικόντως*, *inofficiose*, nempe si ei relinquit, quantum legibus debebatur.

sentire me. Repellendus sum ab accusatione; sonder auch stillschweigend, wenn nämlich der Enterbte ein solche Handlung unternimmt, wodurch er das Testame als gültig, und den Testamentserben für einen wahren E ben anerkennt. Eine solche Handlung ist

1) Annehmung eines Vermächtnisses au den Händen des eingesetzten Erben [41]). Es wir jedoch vorausgesetzt,

a) daß der Enterbte das Vermächtniß für sich fo dere. Denn wenn er es als Vormund für seinen Mündel fordert, so vergiebt er sich hierdurch in Ansehung der ihm zustehenden Querel nichts, weil er hier aus Amtspflicht handelt [42]). Ein anders wäre, wenn er es zwar für einen an-

41) *L.* 5. *D. de his, quae ut indignis.* Post legatum acceptum, non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere: *inofficiosum autem dicere non permittitur.* Add. L. 8. §. 10. L. 12. §. 1. D. h. t. Hat der Enterbte das Legat eingeklagt, er ist aber mit der Klage abgewiesen worden, weil es nachher der Testirer wiederrufen hatte, so verliert er sein Recht zur Querel nicht. *L.* 12 §. 2. *D. h. t.* Si, cum filius *ademtum legatum* instituit petere, summotus, repetat inofficiosi querelam, praescriptione removendus non est. Quamvis enim agendo testamentum comprobaverit, tamen est aliquid, quod testatoris vitio reputetur, ut merito repellendus non sit.

42) §. 4. *I. h. t.* Von diesem Falle ist auch die *L.* 10. §. 1. *D. eod.* zu verstehen, wo Marcellus sagt: Illud notissimum est, eum, qui legatum perceperit, non recte de inofficioso testamento dicturum, *nisi id totum alii administravit.* Man sehe POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XLVI. not. b. p. 197.

die heutige Anwendbarkeit der *L.* 35. §. 1. *C. h. t.* wohl keinen gegründeten Zweifel übrig, welche überdem durch die Entscheidungen der angesehensten teutschen Spruch-Collegien [38]) noch besonders bestärkt werden kann. Daß hingegen nach dem Tode des Erblassers eine solche Verzichtleistung in Absicht auf die Querel gültig geschehen könne, leidet keinen Zweifel, und Justinian sagt dieses selbst in der angeführten *L.* 35. §. 1. *C. h. t.* Sed hoc ita admittimus, nisi *transactiones ad heredes paternos* (i. e. cum heredibus paternis) *filius celebravit*, in quibus *apertissime iudicium patris agnoverit.*. Es kann jedoch eine solche Entsagung nicht nur ausdrücklich durch Vergleich [39]) geschehen, wohin auch der Fall gehört, den Paulus [40]) anführt: si in testamento adscripserim post mortem patris, consen-

38) S. *de* CANNENGIESSER Decision. Hasso-Casellan. Tom. I. Decis. CLI. nr. 1.—3. und nr. 6. pag. 647. seqq. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 3. Th. Resp. XCIII. nr. 22. und 23. S. 798. Ge. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 3. Band. Resp. 195. nr. 23. S. 194. und besonders Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. Band Nr. XXXIII. S. 247. ff.

39) STRAUCH c. l. Cap. V. nr. 1. sqq. Sollte jedoch der Testamentserbe den Vergleich nicht gehörig erfüllen, so bleibt es dem Enterbten unbenommen, die Inofficiositätsklage annoch anzustellen. *L. 27. pr. D. h. t.*

40) *L. 31. §. 4. D. h. t.* Hätte der Sohn seine Enterbung in dem väterlichen Testamente mit eigener Hand geschrieben, so wird diese Enterbung nicht für ungültig gehalten, und der Prätor giebt hier dem Sohne keine Bonorum possessio contra tabulas. *L. 8. §. 6. D. de B. P. contra tab.* S. Weber zu Höpfners Commentar §. 660. Not. *. S. 721. und DANIELS Diss. de Senatusconsulto Liboniano. *Bonnae* 1791. §. 20.

sentire me. Repellendus sum ab accusatione; sondern auch stillschweigend, wenn nämlich der Enterbte eine solche Handlung unternimmt, wodurch er das Testament als gültig, und den Testamentserben für einen wahren Erben anerkennt. Eine solche Handlung ist

1) Annehmung eines Vermächtnisses aus den Händen des eingesetzten Erben [41]). Es wird jedoch vorausgesetzt,

a) daß der Enterbte das Vermächtniß für sich fordere. Denn wenn er es als Vormund für seinen Mündel fordert, so vergiebt er sich hierdurch in Ansehung der ihm zustehenden Querel nichts, weil er hier aus Amtspflicht handelt [42]). Ein anders wäre, wenn er es zwar für einen an-

41) *L. 5. D. de his, quae ut indignis.* Post legatum acceptum, non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere: *inofficiosum autem dicere non permittitur.* Add. L. 8. §. 10. L. 12. §. 1. D. h. t. Hat der Enterbte das Legat eingeklagt, er ist aber mit der Klage abgewiesen worden, weil es nachher der Testirer wiederrufen hatte, so verliert er sein Recht zur Querel nicht. *L.* 12 §. 2. *D. h. t.* Si, cum filius *ademtum legatum* instituit petere, summotus, repetat inofficiosi querelam, praescriptione removendus non est. Quamvis enim agendo testamentum comprobaverit, tamen est aliquid, quod testatoris vitio reputetur, ut merito repellendus non sit.

42) §. 4. *I. h. t.* Von diesem Falle ist auch die *L.* 10. §. 1. *D. eod.* zu verstehen, wo Marcellus sagt: Illud notissimum est, eum, qui legatum perceperit, non recte de inofficioso testamento dicturum, *nisi id totum alii administravit.* Man sehe POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XLVI. not. b. p. 197.

andern verlangt, aber nicht aus Amtspflicht, sondern als Advocat, oder als freywilliger Anwalt [43]).

b) Daß der Enterbte das Vermächtniß aus den Händen des Erben erhalten habe. Wenn also das Legat ein solches ist, welches der Enterbte ohne Absorderung und besondere Annehmung schon inne hat, wie z. B. das Vermächtniß einer Schulderlassung, so hindert dieses den Enterbten nicht, die Querel dennoch anzustellen, weil es hier an einer Handlung fehlt, wodurch das Testament anerkannt wird [44]).

Wie aber, wenn der Testirer Jemanden ein Legat unter der Bedingung hinterlassen, dem Enterbten etwas davon auszuzahlen, und der Enterbte diese Summe aus den Händen des Legatars angenommen hätte? Nach Ulpian [45]) ist

43) *L.* 32. *pr. D. h. t.*

44) *L.* 12. §. 3. *D. eod.*

45) *L.* 8. §. 10. *D. h. t.* Si conditioni parere testator heredem iussit in persona filii vel alterius, qui eandem querelam movere potest; et sciens is accepit; videndum est, ne ab inofficiosi querela excludatur. Agnovit enim iudicium. Idem est, *et si legatarius ei* vel statu liber *dedit.* Et potest dici excludi eum, maxime si heredem ei iusserat dare. Ceterum si *legatarium;* numquid semel natam inofficiosi querelam non perimat legati oblatio? Cur ergo in herede absolute diximus? Quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela. Ego eventum puto sequendum in hac re: ut, si forte, *antequam iudicium moveatur,* oblatio ei fiat eius, quod relictum est, *quasi ex voluntate testatoris oblato eo, satis ei factum videatur.* Anton Faber in Rational. ad Pand. will hier nichts als Tribonianismen antreffen. Allein daß hierzu nicht der mindeste Grund vor-

nes Legats aus den Händen des eingesetzten Erben, den sie jenen auch noch jetzt nach der Nov. 115. als wahren Erben anerkannt habe. Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten überein 48).

Eine stillschweigende Anerkennung des Testaments geschiehet auch

2) durch eine jede andere Handlung, welche der Enterbte gar nicht unternehmen konnte, ohne den Testamentserben als einen wahren Erben anzuerkennen. Dahin gehört, wenn er von dem Erben Sachen kauft, welche zur Erbschaft gehören, oder Erbschaftsgüter pachtet, oder dem Erben dasjenige bezahlt, was er dem Erblasser schuldig war, oder das von dem Erben fordert, was der Testator dem Enterbten schuldig war 49). Keineswegs aber wird der letzte Wille des Erblassers dadurch anerkannt, daß der Enterbte Erbe des in dem pflichtwidrigen Testament eingesetzten Miterben geworden ist. Hier kann die Inofficiositätsklage immer noch gegen den andern Miterben angestellt werden, wie Paulus 50) sagt: Si heres extiterim ei, qui eo testamento institutus est, quod de inofficioso arguere volo: non mihi nocebit; *maxime si eam portionem non possideam, vel iure suo possideam.* Daß hier von einem solchem Falle die Rede sey, wo mehr als ein Testa-

ments-

48) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 32. *Franc.* ALEF Diss. de viribus legati ex testamento inofficioso accepti. *Mich. God.* WERNHER lectissim. Commentat. in Pand. h. t. §. 15. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 230. und Westphal von Testamenten §. 1187.

49) *L.* 23. §. *1. D. de inoff. testam.*

50) *L.* 31. §. 2. *D. h. t.*

tern angestellt wird. Im ersten Falle bleibt es ganz bey dem ältern Rechte. In dem andern Falle hingegen kommt es darauf an, ob dem Erben selbst, oder bloß einem Legatar die Auszahlung des Vermächtnisses an den Enterbten von dem Testator anbefohlen worden ist. In dem letztern Falle halte ich dafür, daß die Annehmung eines Vermächtnisses aus den Händen des Legatars den Enterbten nach der Nov. 115. an der Anstellung der Inofficiositätsklage nicht hindere. Denn den Legatar kann der Kläger nach der Nov. 115. immerhin als einen solchen anerkennen, deswegen hat er noch nicht den Erben selbst, als solchen, anerkannt [47]). Allein in dem ersten Falle steht die Annehmung eines Vermächtnisses aus den Händen des Erben mit der Anstellung der Inofficiositätsklage im offenbaren Widerspruche. Dieser Widerspruch kann durch die Nov. 115. nicht gehoben werden. Denn **Justinian** redet daselbst von solchen Vermächtnissen, die einem Dritten auszuzahlen, nicht aber von solchen, welche dem Enterbten hinterlassen worden sind. Besonders aber ist hier zu erwägen, daß diejenigen Vermächtnisse, von denen in der Nov. 115. Kap. 3. und 4. die Rede ist, nicht von dem im Testament eingesetzten Erben, sondern von dem Enterbten auszuzahlen sind, welcher den Prozeß gewonnen hat. Da nun, wenn das Testament, als pflichtwidrig rescindirt wird, nicht mehr der Erbe die Vermächtnisse auszahlen kann, so folgt daraus von selbst, daß der Enterbte durch Annehmung ei-

Hh 2 nes

47) S. GAMBSJAEGER Diss. de testamento in genere, in specie inofficioso. P. IV. §. 10. pag. 73. THIBAUT System des Pandectenrechts 2. B. §. 819. a. E. S. 234. Book Lehre von der Enterbung §. 24. S. 79. folg.

Worte so lauten: ἢ ἐξ ἰδίου μου δικαίου νέμομαι αὐτό, i. vel *proprio meo iure* eam possideam. Hier sey nun zw der Enterbte des ernannten Erben Erbe. Er habe ab die Erbschaft nicht sowohl ihm zu verdanken, als vielme einem vom Vater desselben ertheilten Rechte. Allein d Worte: *suo iure* können hier wohl schwerlich soviel als me iure heißen, sondern sie deuten, wie sie Jensius [58]) gar richtig erklärt, auf das Recht des verstorbenen Testaments erben, dessen Erbe der Enterbte geworden ist; *suo iur* ist soviel als iure hereditario, wie Pothier [59]) sagt. Der Sinn gehet also dahin, wenn ich auch diesen Theil als Erbe des ernannten Erben besitze, so wird doch auch in diesem Falle die Querel gegründet seyn. Denn darin liegt noch keine Anerkennung des Testaments. Die Erbschaft, die mein Erblasser gethan hat, ist von der Erbschaft, welche ich thue, ganz verschieden, und letztere hat auf die erstere keinen Einfluß.

Die Querel findet ferner II) nicht Statt, wenn die Enterbung bona mente geschehen ist. Ich habe von dieser Enterbung schon an einem andern Orte (§. 551. S. 255. folgg.) ausführlich gehandelt. Sollte jedoch die Ursache, aus welcher sie geschehen ist, nachher wegfallen, z. B. der blödsinnige Sohn kommt wieder zu Verstande, oder der verschuldete Sohn hat sich mit den Gläubigern unterdessen verglichen, und seine Schulden bezahlt, so daß diese nun keine Forderungen mehr an ihn haben, so kann das Testament, wenn auf diesen Fall dem Sohn nicht wenigstens der Pflichttheil vermacht worden ist, nach der

Mei-

58) Stricturae ad Rom. iuris Pandect. pag. 34.

59) a. a. O.

mentserbe vorhanden war; setzen die Worte: maxime si *eam portionem* (nämlich den Theil der Erbschaft, welchen der verstorbene Testamentserbe aus dem pflichtwidrigen Testament erhalten hatte) non possideam, außer Zweifel, welche Pothier [51]) so versteht, daß vielleicht der verstorbene Erbe diesen Theil der Erbschaft noch bey seinem Leben veräußert hatte. Dies ist wohl allerdings richtiger, als wenn Westphal [52]) diese Worte von dem Theile der Erbschaft verstehen will, quam possidet alter coheres, gegen welchen der Enterbte klagen will. Allein die letzten Worte machen den Auslegern Schwierigkeit. Anton Faber [53]) hält sie für ein Emblem des Tribonian, er glaubt überdem, daß die Worte *iure suo* corrupt wären, und *pro suo* gelesen werden müsse. Allein ohne Grund, wie Ulrich Huber [54]) schon dagegen mit Recht erinnert hat. Huber versteht diese Worte so, wenn der Enterbte den Theil der Erbschaft, welchen der verstorbene Testamentserbe aus dem Testament erhalten hat, alio quam hereditario iure, z. B. vermöge eines Kaufs, besitzt. Hiermit stimmt auch Voet [55]) überein. Westphal [56]) stellt sich einen solchen Fall vor, wo der Enterbte des ernannten Erben Pupillarerbe geworden; und beruft sich auf die *Basilica* [57]) wo die

Hh 3 Worte

51) Pandect. Iustin. T. I. h. t. nr. XLVII. not. d. pag. 197.

52) Theorie des R. R. von Testamenten §. 1031. S. 766.

53) Rational. ad h. L. Pandectar.

54) Eunomia Rom. pag. 265.

55) Commentar. ad Pand. h. t. §. 34. a. E.

56) a. a. O.

57) Tom. V. lib. XXXIX. pag. 206.

geworden, so ist das Testament der Querel unterworf[en,] weil nun aller Begriff eines Pekuliums wegfällt [65]). [Hat] hingegen ein Soldat, der sui iuris war, ein militär[isches] Testament gemacht, und er stirbt nach erhaltenem Abschi[ede,] so kommt es darauf an, ob er binnen einem Jahre n[ach] dem Abschiede, oder später stirbt. In dem ersten F[alle] gilt das Testament, und es kann nicht als pflichtwidrig angef[och]ten werden, wohl aber in dem letztern Falle [66]). Daß jed[och] gegen das Testament eines patrisfamilias veterani, welch[es] derselbe erst nach erhaltenem Abschied gemacht hat, die Qu[e]rel Statt finde, wenn er auch gleich über das im Kriegs dienste erworbene Vermögen testirt hätte, sagt Papi nian [67]) ausdrücklich.

Mehrere Rechtsgelehrten [68]) wollen jedoch behaupten, daß nach der Nov. 115. Kap. 3. und 4. den filiisfamilias weni[g]

65) *L.* 37. §. 2. *C. h. t.* Sed hoc obtinere oportet, *donec in sacris parentum suorum constituti sunt hi*, qui quasi castrense peculium possident. Si enim *sui iuris* efficiuntur procul dubio est, eorum testamenta et pro ipsis rebus, quas antea *ex quasi castrensi peculio* habeant, posse *de inofficioso querelam sustinere*, cum neque nomen peculii permanet. S. Westphal von Testamenten §. 784.

66) *L.* 8. §. 4. *D. h. t.* S. Westphal a. a. O. §. 783.

67) *L.* 8 §. 3. *D. h. t.*

68) VIGLIUS ZUICHEMUS Comm. ad pr. I. de milit. testam. [illegible] RETES c. I. nr. 20. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. circa fin T. II. *operum* pag. 174. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. LXVI § 7. seq. STRUV Syntagm. iuris civ. Exerc. X th. 59. STRYK Us. mod. Pandectar. h. t. §. 14. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 19. not. 5. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 458. Not. 2. verglichen mit §. 454. Not. 1.

Meinung mehrerer Rechtsgelehrten [60]) doch noch angefochten, oder wenigstens auf Ergänzung des Pflichttheils geklagt werden. Ferner

III) fällt die Querela inofficiosi testamenti auch bey **Soldatentestamenten** weg, es sey nun das Testament entweder im Felde nach militärischen Rechte, oder von einem Filiusfamilias über das peculium castrense nach gemeinem Rechte errichtet worden [61]). Ein solches Testament kann nicht als pflichtwidrig angefochten werden, wenn gleich der ausgeschlossene Intestaterbe selbst Soldat wäre [62]). Ein gleiches Privilegium hat **Justinian** dem peculio quasi castrensi beygelegt, daß ein darüber errichtetes Testament mit der Querela inofficiosi auf keine Weise angefochten werden kann [63]). Dieses Privilegium gilt zwar bey einem filiofamilias in Rücksicht des peculii castrensis auch dann noch, wenn er schon seinen Abschied erhalten hat, es findet aber doch nur während der väterlichen Gewalt Statt [64]). Stirbt er also, nachdem er sui iuris gewor-

60) VOET in Comm. ad Dig. h. t. §. 22. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit cap. LXVII. §. 9. **Book Lehre von der Enterbung §. 21.**

61) *L. 9. L. 24. Cod. h. t. Luc. van de* POLL cap. LXVI. HOFACKER Princip. iuris. civ. Tom. II. §. 1706.

62) *L. 27. §. 2. D. h. t.*

63) *L. 37. §. 1. C. eodem.*

64) Ehemals stand zwar dem Veteran, auch während der väterlichen Gewalt, in Rücksicht des peculii castrensis kein Privilegium mehr zu, wie *Io. Fern. de* RETES Lib. V. Opusculor. cap. 3. nr. 18. (in *Thes. Meermann* T. VI. pag. 251.) gezeigt hat. Allein **Justinian** hat auch den filiisfam. veteranis dieses Privilegium gegeben, wenn sie über ihr peculium castrense testiren. *L. ult. C. h. t.*

die Absicht des Gesetzgebers gewesen sey [69]). Diese Meinung hat auch die Auctorität mehrerer berühmter Rechtsgelehrten [70]) für sich.

IV. Wenn der Vater durch eine Pupillar-Substitution den Erben seines unmündigen Kindes bestimmt, so kann er die leibliche Mutter des Kindes ausschließen, ohne daß sie das Testament als pflichtwidrig anfechten kann. Ulpian [71]) setzt den Grund darin: *quia pater testamentum fecit.* Durch die Novelle 115. ist hierin nichts geändert, wie einige [72]) behaupten wollen. Denn es ist eine unrichtige Voraussetzung, daß Justinian durch diese Novelle ein neues Rechtsmittel eingeführt habe. Endlich

V) noch ein besonderer Grund, aus welchem bey der Präterition der Geschwister die Querel wegfällt, ist gleiche Anrüchtigkeit des Klägers. Denn hier kann der

69) Man s. dieses Commentars ersten Theil §. 93. S. 514.

70) DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. 5. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 28. HUNNIUS Variar. resolution. iuris. civ. lib. II. Tract. VII. Qu. 17. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 19. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 14. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1707. et not. d. MALBLANC Princip. iur. Rom. Tom. III. §. 699. nr. II. GAMBSJAEGER Diss. de testam. in Sp. in officioso P. IV. §. 5. und besonders *Io. God.* BAUER Diss. de peculio quasi castrensi studiosorum. *Lipsiae* 1726. §. 33.

71) *L.* 8. §. 5. *D. h. t. Cap. 1. de testam. in 6to.* Siehe oben §. 543. im 6. Theil dieses Commentars S. 572.

72) S. SCHNEIDT Diss. de querela inofficiosi inter parentes et liberos exule §. 33. Book Lehre von der Enterbung §. 24. S. 75. folg.

er Präterirte nicht sagen, daß ihm Unrecht geschehen y [73])

§. 561.

Die Querela inofficiosi testamenti ist eine wahre hereditatis petitio.

Um sich den Uebergang zur Lehre von der hereditatis petitione zu bahnen, bemerkt unser Verfasser noch zum Beschluß dieses Titels, daß die Inofficiositätsklage zu den Gattungen der Erbschaftsklage zu zählen sey, und was daher von dieser überhaupt gelte, auch bey jener Statt finde. Nun sind zwar hierin nicht alle Rechtsgelehrte einverstanden, indem viele [74]) die Querel nur für ein vorbereitendes Rechtsmittel halten wollen, mit welchem bloß die Rescission des pflichtwidrigen Testaments gefordert werden könne; die Herausgabe der Erbschaft selbst aber nächstdem erst noch durch die hereditatis petitio bewirkt werden müsse. Allein daß die Querel des pflichtwidrigen Testaments eine wahre und zwar qualificirte Erbschaftsklage sey, ist schon an einem andern Orte (S. 360.) gezeigt worden [75]). Die Gründe der entgegen gesetzten Meinung hat auch

73) DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. VI. cap. 15. pag. 243. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien IV. Band Medit. 219. und andere mehr, welche ich an einem andern Orte dieses Commentars 5. Th. §. 384. Not. 2. S. 206. angeführt habe.

74) Man sehe hier §. 552. S. 361. Not. 3. dieses 7. Theils. Diesen ist noch beyzufügen HUNNIUS variar. resolution. iuris civ. lib. II. Tract. VII. Quaest. 18.

75) Man vergleiche auch *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. I. cap. 8. nr. 4. et 5.

auch schon Just. Henning Böhmer [76]) so ausführlich und gründlich widerlegt, daß man sich billig wundern muß, wie dennoch auch unter den neuern Rechtsgelehrten jene Meinung noch so viele Anhänger hat finden können.

76) Diss. de querela inoff. testam. fratrum consangnineorum §. 9 — 12.

Lib.

Lib. V. Tit III.

De hereditatis petitione.

§. 562.

Begriff und verschiedene Arten der Erbschaftsklage. Beweis des Todes. Succession in das Vermögen eines Verschollenen.

Die Rechtsmittel, welche wegen eines zuständigen Erbrechts gebraucht werden können, sind von verschiedener Art[77]). Es wird entweder das Erbrecht des Klägers in Streit gezogen, oder es wird von dem Beklagten anerkannt, und daher blos auf persönliche Leistungen geklagt, welche die Theilung einer gemeinschaftlichen Erbschaft betreffen. Im letzten Falle wird die *actio familiae erciscundae*, die Erbtheilungsklage, gebraucht. Davon lib. X. Tit. 2. ein Mehreres. In dem ersten Falle kann die Klage entweder, eine petitorische oder eine possessorische seyn, je nachdem entweder auf das Erbrecht selbst, oder blos auf den Besitz der Erbschaft geklagt wird. Die petitorische Klage, wodurch man sein Erbrecht, als ein dingliches

77) S. Ernst Christ. Westphals systemat. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente rc. den Rechten und Pflichten des Erben, auch dessen possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln. Leipzig 1790. 5 Th. S. 195. ff. *Barthol. Leonh.* BUENDENDOERFER Tr. theor. pract. de actionibus successoriis. *Lipsiae* et *Francof.* 1695. 1703. 1712. 4. und *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de Successionibus. §. 256. seqq. pag. 334. seqq.

auch schon Just. Henning Böhmer [76]) so ausführlich und gründlich widerlegt, daß man sich billig wundern muß, wie dennoch auch unter den neuern Rechtsgelehrten jene Meinung noch so viele Anhänger hat finden können.

76) Diss. de querela inoff. testam. fratrum consangnineorum §. 9 — 12.

Lib.

Lib. V. Tit III.

De hereditatis petitione.

§. 562.

Begriff und verschiedene Arten der Erbschaftsklage. Beweis des Todes. Succession in das Vermögen eines Verschollenen.

Die Rechtsmittel, welche wegen eines zuständigen Erbrechts gebraucht werden können, sind von verschiedener Art[77]). Es wird entweder das Erbrecht des Klägers in Streit gezogen, oder es wird von dem Beklagten anerkannt, und daher blos auf persönliche Leistungen geklagt, welche die Theilung einer gemeinschaftlichen Erbschaft betreffen. Im letzten Falle wird die *actio familiae erciscundae*, die Erbtheilungsklage, gebraucht. Davon lib. X. Tit. 2. ein Mehreres. In dem ersten Falle kann die Klage entweder, eine petitorische oder eine possessorische seyn, je nachdem entweder auf das Erbrecht selbst, oder blos auf den Besitz der Erbschaft geklagt wird. Die petitorische Klage, wodurch man sein Erbrecht, als ein dingliches

77) S. Ernst Christ. Westphals systemat. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente ꝛc. den Rechten und Pflichten des Erben, auch dessen possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln. Leipzig 1790. 5 Th. S. 195. ff. *Barthol. Leonh.* SUENDENDOERFER Tr. theor. pract. de actionibus successoriis. *Lipsiae* et *Francof.* 1695. 1703. 1712. 4. und *Lud. God.* MADIHN Princip. Iur. Rom. de Successionibus. §. 256. seqq. pag. 334. seqq.

liches Recht, verfolgen kann, ist die *hereditatis petitio*, oder die Erbschaftsklage, oder Erbrechtsklage. Das possessorische Rechtsmittel hingegen, wodurch man, wenn man sein Erbrecht nur einigermassen bescheiniget, den Besitz der Erbschaft ohne alle Weitläuftigkeit erhalten kann, ist das *Interdictum quorum bonorum;* (Lib. XLII. Tit. 2.) und wenn es der Testamentserbe gebraucht, falls das Testament keinen sichtbaren Fehler hat, *Remedium ex L. ult. Cod. de Edicto D. Hadriani tollendo.* (§. 1844.)

Die petitorische Erbschaftsklage oder *hereditatis petitio* ist also diejenige dingliche Klage, welche unmittelbar aus dem Erbrechte entspringt, und auf Anerkennung desselben wider einen solchen Beklagten angestellet wird, welcher die Erbschaft pro herede oder pro possessore besitzt, und zwar zu dem Ende, daß der Beklagte verurtheilt werde, die Erbschaft nach der Beschaffenheit des geklagten Erbrechts entweder ganz oder zum Theil dem Kläger mit allem, was dazu gehört (cum omni causa) herauszugeben.

Diese hereditatis petitio wird nun entweder zugleich auf die Aufhebung eines dem Kläger entgegenstehenden Testaments gerichtet, oder sie geht blos auf Anerkennung des dem Kläger zuständigen Erbrechts. In jenem Falle nennt man sie *qualificata*, eine solche ist die Inofficiositätsklage, von welcher in dem vorigen Titel gehandelt worden ist. In diesem hereditatis petitio *simplex*.

Gründet sich der Kläger auf ein alleiniges Erbrecht, so heißt sie *universalis* oder *totalis*; ist er hingegen nur zum Theil Erbe, so wird sie hereditatis petitio *partiaria*, oder *actio*, *si pars hereditatis petatur* genannt, von dieser ad Tit. 4.

In

In Absicht auf den **Kläger** heißt sie bald *hereditatis petitio* schlechthin, wenn sie von einem directen Civilerben angestellet wird, bald bekommt sie den Beynamen *possessoria*, wenn sie der prätorische Erbe anstellt, (vid. Tit. 5.) bald *fideicommissaria*, wenn sie von dem angestellet wird, dem die Erbschaft als ein Fideicommiß ist restituirt worden, von welcher ad Tit. 6. ein Mehreres vorkommen wird.

Eine Erbschaftsklage sey nun übrigens, von welcher Art sie wolle, so ist sie nicht eher denkbar, als wenn derjenige tod ist, dessen Nachlaß von dem Kläger in Anspruch genommen wird. Denn es ist eine bekannte Rechtsregel: hereditas viventis non datur. Da dieses zum Grunde der Klage gehört, so muß der Kläger den Tod des Erblassers, insofern er nicht notorisch ist, erweisen. Dieser Beweis kann entweder durch Zeugen geführt werden, welche von dem Tode des Erblassers gewisse Wissenschaft haben [78]); und zwar wird dazu die eidliche Aussage zweyer unverwerflicher Zeugen erfordert [79]); oder durch Atteste der Obrigkeit, oder des Pfarres, in dessen Parochie der Erblasser verstorben ist, oder sonst durch einen beglaubten Todtenschein [80]). Ein blosses Gerücht ist nicht hinreichend, auch keine bloße Zeitungsnachricht [81]).

Im

78) STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. X. §. 66. a LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCV.

79) LEYSER c. l. medit. 11 — 14. Ein Zeuge ist zum Beweis des Todes nicht hinreichend. Einer andern Meinung ist zwar MÜLLER ad Struvium cit. loc. not. α. Allein man sehe LEYSER cit. Specim. medit. 15. et 16. Zeugen, welche blos de auditu deponiren, sind unzuläßig. MEVIUS Part. V. Decis. 34.

80) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1681.

81) LEYSER cit. Specim. medit. 19.

Wenn nun die Frage entsteht, wer den Verschollen beerbt, so sollte man kaum glauben, daß die Entscheidun nur der sey des Abwesenden rechter Erbe, welchem jetz da derselbe nach rechtlicher Vermuthung für tod erklä worden, die Erbschaft deferirt ist, einigem Zweifel unte worffen seyn könne. Denn nach dem §. 6. *I. de legit. agn. success.* soll die Nähe der Verwandschaft nach dem Zei punct beurtheilt werden, quo mortuus est is, cuius d hereditate quaeritur. Da man nun bey einem Verscho lenen nicht weis, wenn er gestorben ist, so muß noth wendig derjenige Zeitpunct nach rechtlicher Vermuthung für die Zeit des Todes angenommen werden, da er für tod er klärt worden ist, und also derjenige ihn beerben, der jetz sein nächster Verwandte ist. Denn eben darum nimm man ja bey einem Verschollenen ein Alter von 70 Jahren an, um einen festen Zeitpunct zu haben, nach welchem sich die Intestaterbfolge desselben richten solle. Dieß behaup ten auch die mehresten Rechtsgelehrten [92]. Allein Hellfeld, und mit ihm viele Andere [93]) sind dennoch anderer Mei-

92) S. KOCH cit. Diss. pag. 227. sqq. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeçonom. iuris Lib. I. Tit. IV. Th. 6 not. r. pag. 191. HOFACKER c. l. §. 1682. not. f. MALBLANC Princip. iur. Rom. h. t. §. 376. a. E. THIBAUT System des Pand. Rechts 1. Band §. 532. a. E. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* T. I. Fasc. 2. Obs. 241. Claproth Einleitung in die sämmtlichen summarischen Prozesse. §. 224. Man sehe auch meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 2.

93) *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. III. Tit. 25. def. 5. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XV. Th. 71—77. WERNHER Observat. for. Tom. III. P. III. Obs. 48. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 84. §. 5. *Christph. Lud.* CRELL in Diss.

Allein richtiger wird von andern [87]) nach der Analogie der *L. 68. D. ad Legem Falcid.* nur noch eine Lebensdauer von fünf Jahren angenommen, welches auch mit den gewöhnlichen Sterbelisten besser übereinstimmt [88]). Ist Jemand erst im achtzigsten Jahre verschollen, so pflegt ihm nur noch die Hälfte mit zwey und ein halb Jahren beygelegt zu werden [89]). Weis man nicht, wie alt der Verschollene war, so muß bloß aus den Umständen, nämlich aus der Länge der Zeit, da er abwesend ist, aus der Beschaffenheit seiner körperlichen Gesundheit, aus den Umständen der Zeit, da er auswanderte, und des Orts, wohin er reisen wollte, durch Muthmaßungen bestimmt werden, ob er für tod zu halten sey [90]). Dahingegen braucht man auch zuweilen nicht einmal abzuwarten, daß der Verschollene erst siebenzig Jahre alt sey, wenn aus den besondern in facto erwiesenen Umständen sehr starke Vermuthungen des Todes eintreten [91]).

Wenn

87) KOCH Diss. Utrum absentium successio fiat ex nunc an ex tunc; EIUS Tract. *de Success. ab int. civ.* adject. Auct. II. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom II §. 1682. not. e. MALBLANC hingegen in Princip. iur. Rom. P. II. h. t. §. 376 nimmt ein Alter von 80 Jahren an.

88) Man vergleiche hier *Frid. Aug.* SCHMELZER Commentat. I. de probabilitate vitae eiusque usu for. *Goett.* 1787. 8. Sect. II.

89) C. Gmelin und Elsässers angef. jurist. Beobachtungen 4. Band. Nr. XI. §. 127. Not. p. S. 176. folg.

90) *Christ. Frid. Imm.* SCHORCH Meditat. in quibus praecipua capita doctrinae de cura bonorum absentis examinantur *Lips. et Francof.* 1761. §. 8.

91) *Leyser* Specim. XCVI. medit. 6. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 3. B. Resp. 176. Nr. 20.

dieser Gründe ist schon von Herrn Kanzler **Koch** so leuchtend gezeigt worden, daß eine weitere **Widerleg** ganz überflüßig ist. Genug, so lange der **Abwesende** nicht für todt erklärt werden kann, muß man **nach** rec cher Vermuthung annehmen, daß er noch lebe. **Wie** ka also hier eine Erbfolge nach rechtlichen **Begriffen** antici werden, da die Gesetze [95]) so deutlich lehren, *hereditat eius acquiri non posse, cuius vita dubia et incerta* Noch weniger läßt sich hier von einer Fiction Gebrau machen, die blos zu Gunsten der Kriegsgefangenen war ei geführt worden, um deren Testamente bey **Kräften** zu e halten, da hier von keiner Fiction sondern bloß **von** eine Präsumtion die Rede ist, auch hier die Zeit des wirklich Todes ungewiß ist, die bey der Fiction des Cornelischen Ge setzes gewiß war.

§. 563.

Wer stellt die Erbschaftsklage an? Beweis der Zuständigkeit des Erbrechts.

Wer die petitorische Erbschaftsklage anstellen will, muß Erbe des Verstorbenen seyn, er mag nun sein Erbrecht aus einem Testamente, oder aus einer unmittelbaren Verord nung der Gesetze, oder, welches heut zu Tage der Fal seyn kann, aus einem Erbvertrage herleiten, er mag Civil oder Prätorischer-Erbe seyn [96]). Hat der Kläger ein dop pelte

95) *L. 4. C. de postlim. reversis.* Mit Recht verwerfen daher die anticipirte Succession HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 707. und Claproth in der Einleitung in die sämmtlichen summarischen Prozesse §. 222. not. c. S. 307.

96) *L. 1. 2. 3. D. h. t.*

Meinung, und glauben, daß man für die Zeit des Todes bey einem Verschollenen denjenigen Zeitpunct annehmen müsse, da keine Nachricht mehr von ihm eingelaufen ist. Sie wollen daher die Erbschaft desselben vielmehr demjenigen zuerkannt wissen, dem um diese Zeit die Administration seiner Güter als nächstem Verwandten übertragen worden ist. Denn diese Curatel sey keine bloße Güterverwaltung, sondern vielmehr eine anticipirte Besitznehmung der Erbschaft, eine bedingte Succession. Daher stehe diese Curatel nur dem nächsten Verwandten zu, ohne Unterschied, er sey zur Verwaltung fähig oder nicht, und gehe auch auf desselben Intestaterben über. Wenn nun gleich der Abwesende erst nach zurückgelegtem siebenzigsten Jahre für tod erklärt werden könne, so sey doch dies nicht so zu verstehen, als ob er jetzt erst gestorben sey, sondern der Ablauf dieses Termins gewähre nunmehr eine rechtliche Gewißheit dessen, was bis dahin noch zweifelhaft war, nämlich daß der Verschollene gleich Anfangs, als ihm ein Curator gesetzt wurde, mit Recht für tod gehalten worden sey. Unser Hellfeld nimmt noch ein Argument von der Fiction des Cornelischen Gesetzes her, vermöge welcher bey römischen Bürgern, welche in feindliche Gefangenschaft gerathen, und darin verstorben waren, die Zeit des wirklich erfolgten Todes auf den Zeitpunct zurückgerechnet wurde, da der Verstorbene gefangen worden [94]). Allein die Schwäche

 dieser

Diss. Quando curator absentis heredes aeque propinquos a successione excludat? *Vitembergae 1737.* *Jo. Frid.* WAHL Progr. Cui necessitas probandi in petitione hereditatis absentis incumbat? *Goett.* 1751.

94) *L. 22. D. de captivis.*

dieser Gründe ist schon von Herrn Kanzler Koch so einleuchtend gezeigt worden, daß eine weitere Widerlegung ganz überflüßig ist. Genug, so lange der Abwesende noch nicht für todt erklärt werden kann, muß man nach rechtlicher Vermuthung annehmen, daß er noch lebe. Wie kann also hier eine Erbfolge nach rechtlichen Begriffen anticipirt werden, da die Gesetze [95]) so deutlich lehren, *hereditatem eius acquiri non posse, cuius vita dubia et incerta est?* Noch weniger läßt sich hier von einer Fiction Gebrauch machen, die blos zu Gunsten der Kriegsgefangenen war eingeführt worden, um deren Testamente bey Kräften zu erhalten, da hier von keiner Fiction sondern bloß von einer Präsumtion die Rede ist, auch hier die Zeit des wirklichen Todes ungewiß ist, die bey der Fiction des Cornelischen Gesetzes gewiß war.

§. 563.

Wer stellt die Erbschaftsklage an? Beweis der Zuständigkeit des Erbrechts.

Wer die petitorische Erbschaftsklage anstellen will, muß Erbe des Verstorbenen seyn, er mag nun sein Erbrecht aus einem Testamente, oder aus einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze, oder, welches heut zu Tage der Fall seyn kann, aus einem Erbvertrage herleiten, er mag Civil- oder Prätorischer-Erbe seyn [96]). Hat der Kläger ein doppeltes

95) *L. 4. C. de postlim. reversis.* Mit Recht verwerfen daher die anticipirte Succession HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 707. und Claproth in der Einleitung in die sämmtlichen summarischen Prozesse §. 222. not. c. S. 307.

96) *L. 1. 2. 3. D. h. t.*

pelteS Erbrecht für sich, so kann er, wenn er zuerst aus dem Testamente klagte, aber wegen der Ungültigkeit desselben den Prozeß verlor, noch immer als Intestaterbe seine Rechte ausführen [97]). Es ist übrigens gleichviel, ob das Erbrecht dem Kläger unmittelbar selbst deferirt ist, oder ob es einem andern zusteht, von dem das Recht auf den Kläger übergieng. Denn auch der Erbe des Erben kann sich der Erbschaftsklage bedienen. Es muß nur der wahre Erbe, in sofern er kein suus heres ist, sich schon vor seinem Tode zur Erbschaft wirklich erklärt haben [98]). Denn ist er vor der Antretung gestorben, so hat er sein Erbrecht auf seine Erben nicht transmittirt, wenn nicht ein solcher Fall vorhanden ist, da eine auch noch nicht angetretene Erbschaft transmittirt wird [99]). Utiliter, d. i. der Billigkeit wegen, wird die Erbschaftsklage auch dem gestattet, welchem der wahre Erbe sein Recht verkauft oder sonst abgetreten und übertragen hat, weil dieser die Stelle des Erben vertritt [100]).

97) *L. 8. D. h. t.* Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui, cum ignorabat vires testamenti, iudicium defuncti secutus est.

98) PAULUS *Sentent. recept.* Lib. I. Tit. 13. B. §. 4. sagt zwar Petitio hereditatis, cuius defunctus litem non erat contestatus, ad heredem non transmittitur. Allein die besondere Erklärung des Erben, daß er die Klage anstellen wolle, ist nur bey der Inofficiositätsklage erforderlich, *L. 6. §. ult. D. de inoff. testam.* Eine simple Erbschaftsklage geht also auf die Erben über, wenn nur der Erbe die Erbschaft noch bey seinem Leben angetreten hat, wie auch Cujaz über diese Stelle bey SCHULTING in *Jurisprud. Antej.* pag. 250. not. 8. bemerkt hat.

99) *L. un §. 5. Cod. de caduc. tollend.*

100) *L. 54. D. h. t. L. 2. §. 18. D. de heredit. vel act. vend.*

Dritten so gut, wie eine Erbantretung, anzusehen. Denn so können die Legatarien ihre Legate von dem Curator fordern, obgleich freylich nur gegen Caution, daß sie das Empfangene auf den Fall, daß der Blödsinnige nicht zu Verstande kommt, wieder zurück geben wollen [10]). Ja, wenn der Blödsinnige mit einem Universalfideicommiß beschwert ist, so kann der Curator nach einem Dekret des Krs. Pius die Erbschaft dem Fideicommissar mit der Wirkung restituiren, daß die Erbschaftsklagen auf ihn übergehen [11]). Es ist also wohl keinem Zweifel unterworfen, daß sie auch dem Curator zustehen mußten [12]); und da jene Bonorum possessio provisionalis überhaupt zu Gunsten des Blödsinnigen ist eingeführt worden, um ihm die Erbschaft, und auf den Fall, da er seinen Verstand wieder bekommen sollte, die Freyheit zu erhalten, die Erbschaft entweder selbst noch antreten, oder solche ausschlagen zu können, so ist es dem Zweck dieser Bonorum possessio vollkommen gemäß, daß der Curator auch die Erbschaftsklage für den Blödsinnigen müsse anstellen können. Ein gleiches verordnen die Gesetze auch in andern Fällen einer erhaltenen bonorum possessio decretalis, z. B. bey der Carbonianischen [13]), ferner bey derjenigen, welche ventris nomine verfügt worden, wo auch der Curator die Erbschaftsklagen anstellen kann [14]).

Der

10) *L. 48. §. 1. D. de legat. II.* S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen 1. Theil §. 696.

11) *L. 35. D. ad SCtum Trebellian.* Westphal a. a. O. 2. Th. §. 1593.

12) *Jo. Christph.* PESLER Progr. de herede fiduciario furioso. *Francof. ad Viadr.* 1750. pag. 10. u. BECMANN cit. Diss. §. 35.

13) *L. 5. §. 1. D. de Carbon. edicto.*

14) *L. 1. §. 21. L. 5. §. 1. D. de ventre in possess. mittendo.*

Der Grund der Klage ist nun Zuständigkeit des Erbrechts. Dieser Grund muß also von dem Kläger erwiesen werden. Der Kläger gründet nun die Klage entweder auf ein Testament, oder auf einen Erbvertrag, oder auf ein gesetzliches Erbrecht.

I. Wenn der Kläger die Erbschaftsklage auf ein Testament gründet, so ist das Testament entweder ein öffentliches, oder ein Privattestament.

a) Bey öffentlichen Testamenten wird die Beybringung der obrigkeitlichen Beglaubigung erfordert, also eine beglaubte Kopie des gerichtlichen Testaments.

b) Bey Privattestamenten hingegen wird der Beweis des Grundes der Klage,

1) wenn das Testament ein schriftliches ist, durch Production des Testaments geführt, und zwar muß die Richtigkeit der Unterschrift der Zeugen und ihrer Siegel erwiesen werden. Dies geschieht entweder durch die eigene Recognition der Zeugen, oder wenn einige nicht mehr am Leben seyn sollten, durch die Recognition der übrigen Zeugen, oder auch im Falle der Noth durch Schriftvergleichung [15]).

 2) Wenn

15) *L. 4.—7. D. Testam. quemadm. aperiant. L. 20. C. de fide instrum. Nov. LXXIII. cap. 7.* S. meine Diss. de testamenti privati solemnis probatione per septem testes in eo ordinando adhibitos instituenda. §. 7. in *Opusc. iurid.* Fascic. I. Nr. I. pag. 58. seqq. Ein Auszug von dieser Dissertation findet sich in MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum.* T. III. Fasc. II. Obs. 627.

2) Wenn hingegen das Testament ein **mündliches** ist, so ist die Existenz desselben, wofern keine beweisfähige Urkunde darüber vorhanden ist, durch die Aussage der sämmtlichen Testamentszeugen darzuthun [16]. Denn daß die Testamentszeugen nicht blos wegen der **Feyerlichkeit** der Handlung, sondern vorzüglich auch des **künftigen Beweises** wegen erfordert werden, läßt sich auf keine Weise bezweifeln [17]. **Justinian** [18] sagt ausdrücklich: *Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, maiorem numerum testium expostulat: ut per ampliores homines* PERFECTISSIMA VERITAS *revelétur.* Nun kann die Frage von dem Beweis des Testaments nicht eher entstehen, als wenn derjenige todt ist, den man beerben will. Denn so lange der Testirer lebt, ist ein Streit, ob ein Testament existire, gar nicht denkbar. Es würde also eine ganz zwecklose Subtilität seyn, wenn blos

16) Ich glaube dieses in meiner angeführten Dissertation §. 6. seqq. und besonders §. 9. et 10. hinlänglich bewiesen zu haben. Schon vor mir hat dieselbe Meinung auch *Christ. Ferd.* HARPPRECHT in Diss. de eo, quod iustum est circa probationem tabulis testamenti amissis *Tubingae* 1752. Sect. III. §. 14. sehr gründlich bewiesen, von dessen Schrift ich jedoch bey meiner Dissertation aus Mangel derselben keinen Gebrauch machen konnte. Ich habe sie überhaupt nirgends angeführt gefunden. Unter den neuern sind meiner Meinung beygetreten HOFACKER in Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1683. MALBLANC in Princip. iuris Rom. sec. ord. Digestor. Tom. II. §. 376. not. f. pag. 75. seqq. und THIBAUT im System des Pandectenrechts 2. Band. §. 740. S. 163.

17) S. meine Diss. §. 3.

18) L. 32. *Cod. de fideicomm.*

blos zu der Zeit, da das Testament errichtet wird, die Zahl der Zeugen erforderlich wäre, da bey Lebzeiten des Testirers das Testament noch gar keinen Effect hat, sondern zu aller Zeit wiederrufen werden kann. Es ist daher eine in die Augen leuchtende unrichtige Idee vieler Practiker [19]) welche

19) STRYK de cautelis testamentor. Cap. XV. §. 43. BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 4. Th. 3. not. 5. LEYSER Specim. CCCLV. medit. 4. a PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 141. von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XVI. BOEHMER in iure Dig. lib. XXVIII. Tit. 1. §. 35. und WALCH Introduct. in controv. iur. civ. pag. 305. Dieser Meinung giebt auch Hellfeld seinen Beyfall, vid. §. 1413. und §. 1417. und Herr Regierungsrath Semler zu Magdeburg hat sie in seiner Abhandlung über die Frage: **In wiefern kann ein nach dem Tode des Erblassers nicht mehr vorhandenes Testament durch den noch möglichen Beweis seines wesentlichen Inhalts seine ursprünglich gehabte verbindliche Kraft behalten?** in dem Archiv für die theoretische und practische Rechtsgelehrsamkeit, herausgegeben von Theod. Hagemann und Christ. Aug. Günther 2. Theil Nr. V. §. 3. S. 88. ff. aufs neue in Schutz genommen, nachdem ich sie hinlänglich widerlegt zu haben glaubte. Allein seine Gründe sind keine andere, als welche von mir schon sämmtlich widerlegt worden sind. Man vergleiche meine Dissertation selbst §. 10. Nur die Erklärung, welche von den Worten der L. 32. C. *de fideicomm.* die oben in dem Text von mir angeführt worden sind, gemacht wird, möchte allenfalls neu scheinen, denn ich erinnere mich nicht, sie bey irgend einem Rechtsgelehrten gefunden zu haben: nämlich: „daß die Gesetze nur hauptsächlich aus Besorgniß, daß zwey Personen eher und leichter, als 7. vor dem Testirer mit Tode abgehen möchten, (ne quid *falsitatis* incurrat per duos forte testes compositum testa-

che behaupten, daß nur zur Feyerlichkeit der Errichtung eines Testaments sieben Zeugen nöthig wären, der Beweis der Existenz desselben aber durch zwey Zeugen geführt werden könne. Wie wird hier die gute Absicht des Gesetzgebers erreicht, welcher, um alle Collusion und Betrügerey zu verhüten, die bey Testamenten nur gar zu leicht möglich seyn würde, wenn ein Beweis durch zwey Zeugen hinreichend wäre, mehr als die sonst gewöhnliche Zahl der Beweiszeugen erfordert? Die ganze Glaubwürdigkeit eines mündlichen Testaments hängt also von der eidlichen Aussage der sieben Testamentszeugen ab, so wie ein schriftliches Testament von der Aechtheit der Unterschriften und Siegel der Zeugen, vor welchen es errichtet worden ist, abhängt, und dadurch bewiesen wird. Hat nun aber auch nur ein einziger Zeuge das Testament nicht unterschrieben, und untersiegelt, so gilt das Testament nicht. Nach dieser Analogie kann also auch ein nuncupatives Testament keine Gültigkeit haben, wenn auch nur ein einziger Zeuge fehlt. Denn die Unterschriften der Zeugen sind nichts anders, als schriftliche Depositionen, wie sie auch in den Gesetzen[20]) ausdrücklich genennt werden. Da nun bey einem nuncupativen

testamentum) sämmtliche sieben Zeugen mit einer gleichmäßigen anschauenden, zur Verbreitung der Wahrheit nach dem Tode des Testirers diensamen Wissenschaft und Kenntniß von dem, was bey der ersten Einrichtung des Testaments geschehen, um deshalb ausgerüstet wissen wollen, damit es für die Zukunft auf den möglichen Fall des Absterbens eines oder des andern aus ihnen an zwey Personen nicht ganz fehlen möge, welche das Daseyn und den Inhalt des zu beweisenden und mündlichen Testaments gleich vollkommen befunden könnten!"

20) *L. ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo.*

ven Testamente die Zeugen nicht eben so, wie bey einem schriftlichen, schon bey der Errichtung desselben, ein Zeugniß durch die Unterschrift ablegen, so werden folglich ex natura correlatorum sämmtliche Testamentszeugen zum vollständigen Beweis vorzüglich zu der Zeit erforderlich seyn, da nach dem Tode des Testirers über das Daseyn und den Inhalt des mündlichen Testaments gestritten wird [21]). Dies bringt die Pünctlichkeit mit sich, welche der Gesetzgeber hier zur nothwendigen Bedingung macht, um allen Betrug bey Testamenten zu verhindern. Cum enim res, sagt das Gesetz [22]), *per testium solennitatem* ostenditur: tunc et *numerus testium* et *nimia subtilitas* requirenda est. Aus diesen Gründen glaube ich nun auch behaupten zu können, daß der Beweis gerade durch eben die Zeugen, die zur Testamentshandlung erbeten waren, geführt werden müsse, andere hingegen, die etwa zufällig der Handlung beywohnten, nicht hinreichend sind [23]). Denn andere Zeugen sind bey Testamenten gar nicht gültig, als solche, die bey der Errichtung des Testaments zum Zeugniß besonders waren aufgefordert worden [24]). Also beruhet auch nur auf

21) *L. ult. Cod. de testamentis*, wo die Worte besonders merkwürdig sind: Sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem: et maxime quem, et quos heredes sibi relinquere voluerit; *et hoc* POST MORTEM TESTATORIS *iurato deponant.*

22) *L. 32. C. de fideicomm.*

23) S. HARPPRECHT Diss. cit. Sect. III. §. 14. pag. 354. Anderer Meinung ist THIBAUT im System des Pandectenrechts 2. B. §. 470. S. 163.

24) *L. 21. §. 2. D. Qui testam. fac. poss.* Kölner Reichs Absch. von J. 1512. Tit. von Testamenten. Mit Recht sagt daher

auf der eidlichen Aussage dieser Zeugen allein die ganze Kraft und Gültigkeit eines mündlichen Testaments [25]). Es erhellet zugleich hieraus, daß nach dem Geiste der angeführten Gesetze die Eideszuschiebung für kein zuläßiges Beweismittel zu halten sey, um das in Streit gezogene Daseyn eines mündlichen Testaments hierdurch außer Zweifel zu setzen [26]); theils weil das hier eintretende besondere Interesse den Schwörenden zur Begehung eines Meineides anreizt [27]); theils weil auf solche Art dem Gegner zugemuthet würde, über ein fremdes Factum zu schwören, welches die Gesetze selbst für unbillig und rechtswidrig erklären [28]); theils endlich weil durch den Eid mittelbar jedes mündliche Testament, seinem Daseyn und Inhalte nach, dem Gutdünken einer solchen Person, die in Ansehung der Testaments

daher *Jo.* SICHARD in Praelect. in Cod. T. II. ad L. 21. C. de testam. n. 5. pag. 349. *Quod si testes producerentur ad probandum testamentum, nisi etiam in testificatione dicerent, se esse rogatos in testes, ut si forte tantummodo dicerent: Ego vidi vel audivi illam voluntatem fuisse Titii; certe ille testis nihil probaret, quia non constat de solennitate rogationis.*

25) Mit mir stimmt hierin auch Herr Prof. Dabelow im Handbuche des heutigen gemeinen Römisch-Deutschen Privatrechts 1. Th. §. 1061. überein.

26) Man s. HARPPRECHT in Diss. cit. Sect. II. §. 10. und Semler in der angef. Abh. §. 3. im Archiv für die theor. und pract. Rechtsgelehrsamkeit 2. Th. S. 87.

27) MALBLANC in doctr. de iureiurando §. 44. sagt sehr richtig: *omnia periuria, quae praevidentur, evitanda, neque, si ipse deferens contentus sit, permittenda esse.*

28) *L.* 11. §. 2. *D. de act. rer. amotar. L.* 42. *D. de Reg. iur.* MALBLANC cit. loc. pag. 134.

mentshandlung für eine extranea im wesentlichen Verstande zu halten ist, wider die Vorschrift der Gesetze überlassen wird [29]). Wäre das Testament ein schriftliches, solches aber von dem Beklagten, und jetzigen Besitzer der Erbschaft vorsätzlich bey Seite geschaft und unterschlagen worden, so würde der Kläger weiter nichts, als diesen Dolus des Beklagten zu erweisen haben [30]); und ich halte in diesem Falle nicht einmahl den Erfüllungseid zur Bestärkung des vorgeblichen Inhalts des unterschlagenen Testaments für nothwendig [31]), wenn gleich Hellfeld [32]) anderer Meinung ist.

Wird dem Testament die Einrede der Ungültigkeit entgegengesetzt, so muß diese zuvörderst erörtert werden, ehe die Erbschaft dem Kläger nach dem Testament zuerkannt werden kann. Der Beklagte muß jedoch in diesem Falle Caution wegen der innhabenden Erbschaft zur Sicherheit des Klägers leisten [33]). Wem ist aber hier der Beweis aufzulegen?

29) *L.* 32. *et* 68. *D. de hered. instit.*

30) *L.* 11. *Cod. de testam. L.* 20. *Cod. de probat. L.* 22. *in fin. Cod. de fide instrum.* S. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 2. Band. Nr. XLVII. §. 4. S. 491. folg. und Semler in der angef. Abh. §. 1. S. 80. f.

31) S. LEYSER Medit. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXXII. medit. 6. und Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 321. not. d. S. 481. der Gönnerschen Ausgabe.

32) Tom. II. §. 1170. a. E. Dieser Meinung ist auch THIBAUT im System des Pandectenrechts 3. B. §. 1182.

33) *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* D. *Hadrianus* Trebio Sergiano rescripsit, ut Aelius Asiaticus daret satis de hereditate, quae ab eo petitur: et sic falsum dicat. Hoc ideo, *quia sustinetur hereditatis petitionis iudicium, donec falsi causa agatur.* Was hier von der

legen? natürlich auch dem Kläger, weil es ja zur Begrün, dung der Klage gehört, daß das Testament auf eine rechts-gültige Art errichtet worden sey [34]). Der Kläger kann daher den Beweis der Exception hier von dem Beklagten nicht verlangen. Denn wenn der Beklagte das, was zur Begründung der Klage gehört, nicht ganz einräumt, so muß es immer von dem Kläger völlig durch Beweis außer Zweifel gesetzt werden [35]).

II. Wenn sich der Kläger auf einen Erbvertrag grün, det, so muß er die Existenz dieses Vertrages beweisen; hingegen wenn er

III. die Erbschaft als gesetzlicher Erbe in Anspruch nimmt, so braucht er nicht darzuthun, daß der Erblasser ohne eine Disposition über sein Vermögen zu hinterlassen, verstorben sey, wenn er diesen Umstand auch in der Klage angeführt hätte, sondern dem Beklagten liegt der Beweis ob, wenn dieser einwendet, daß ein Testament vorhanden sey [36]). Der Kläger braucht also nur sein Verwandschaftsrecht zu beweisen, worauf er die Klage gegründet hat. Nun ist der Besitzer der Erbschaft entweder ein Fremder, oder auch ein Verwandter des Erblassers. Im ersten Fall ist der bloße Beweis der Verwandtschaft des Klägers mit dem

der Einwendung gegen die Aechtheit des Testaments gesagt wird, findet in jedem andern Falle statt, da dem Kläger die Einrede der Nichtigkeit des Testaments entgegen gesetzt wird. S. Westphals oben angeführten Commentar §. 355.

34) S. HARPPRECHT Dissertat. cit. Sect. II. §. 7.

35) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß S. 327. f.

36) VOET ad Pand. h. t. §. 4.

dem Erblasser hinreichend; in dem andern Falle hingegen reicht der Beweis des Grades der Verwandtschaft noch nicht hin, um den Beklagten zu vertreiben, sondern der Kläger muß darthun, daß er nähere Ansprüche habe, also ein näherer Verwandter, als der Beklagte, sey. Denn hierin beruhet offenbar der Grund der Klage, ohne dessen Beweis sein Recht vom Richter nicht anerkannt werden kann [37]). Zum Beweis muß also hier ein glaubwürdiges Geschlechtsregister beygebracht werden, denn ein bloßes allgemein abgefaßtes Attestat der Obrigkeit ist, wie Hellfeld ganz richtig behauptet, hierzu nicht hinreichend. Die Meinung einiger Rechtsgelehrten [38]), daß wegen der Schwierigkeit genealogischer Beweise auch schon leichte Vermuthungen und Indicien gelten müßten, um den Kläger zum Erfüllungs-

37) Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten überein. Man s. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 448. VOET ad Pand. h. t. §. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. § 1684. MALBLANC Princip. iuris Rom. Tom. II. §. 376. THIBAUT System des Pandectenr. 2. B. §. 740. a. E. Anderer Meinung ist jedoch LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVIII. med. 9. Er glaubt, in beyden Fällen brauche nur der Grad der Verwandschaft bewiesen zu werden. Die Proximität des Klägers werde so lange vermuthet, als der Beklagte nicht erwiesen, daß er in gleichem oder näherem Grade verwandt sey. Allein der Grund, den Leyser anführt, daß dem Kläger der Beweis einer Verneinung aufgebürdet werden würde, weil er darthun müßte, daß der Beklagte kein näherer Verwandter sey, wird Niemanden überzeugen.

38) LEYSER cit. Specim. medit. 1 — 4.

lungseide zu lassen, läßt sich hier, wo von einer Erbschaft die Rede ist, nicht wohl behaupten [39].

Beweißt nun der Kläger sein Erbrecht nicht, so ist nach der Regel: actore non probante, reus absolvitur, für den Beklagten, seines offenbaren Nichtanspruches an die Erbschaft ungeachtet, um deswillen zu sprechen, weil bey gleichem Verhältnisse für den Besitzer erkannt werden muß [40].

§. 564.

Natur der Erbschaftsklage. In wiefern ist sie als eine gemischte Klage zu betrachten?

Um nun die Natur der Erbrechtsklage näher kennen zu lernen, ist Folgendes zu bemerken.

1) Sie hat eine Erbschaft, als eine solche, d. i. als universitas iuris betrachtet, zum Gegenstande; und ist also dem Gegenstande nach eine Universalklage. Es kommt nichts darauf an, was der Beklagte von der Erbschaft besitzt, er mag sie ganz, oder zum Theil, oder nur eine einzelne Sache, welche dazu gehört, besitzen, wenn sie nur der Kläger als Erbe fordert, und der Beklagte ihm diese Sache in jener Eigenschaft streitig macht [41]. Mit Recht sagt daher

39) Pütters auserlesene Rechtsfälle 2. Bandes 3. Th. Resp. 221. n. 10. ff. de CRAMER Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 837.

40) *L. 2. Cod. de probat.* PAULUS *Recept. Sententiar.* Lib. I. Tit. 13. B. §. 6. S. die Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Röm. Rechts von Hübner S. 132.

41) *L. 4. D. h. t. L. 9. et* 10. *et L. 16. §. 5. D. eodem.*

her Ulpian [42]): Qui hereditatem vel partem hereditatis petit, is non ex eo metitur, *quod possessor occupavit*, sed, *ex suo iure*; et ideo, sive ex asse heres sit, totam hereditatem vindicabit, *licet tu unam rem possideas;* sive ex parte, partem, licet tu totam hereditatem possideas. Denn es wird hier blos über das Erbrecht des Klägers gestritten [43]), nicht auch, wie Hommel [44]) irrig glaubt, über des Beklagten Erbrecht, wenn nicht dieser gerade behauptet, daß er Erbe sey. Nur in diesem Falle läßt sich's rechtfertigen, wenn Hommel sagt: *Hereditatis petitio* sey contentio duorum, quis propior veriorque heres sit. Die Klage findet daher ohne Zweifel auch gegen einen solchen Besitzer Statt, welcher die Erbschaft, oder einen Theil derselben, oder eine Sache daraus, als bloßer Besitzer, ohne allen Rechtsgrund, inne hat, insofern er des Klägers Erbrecht in Streit zieht, wie der folgende Paragraph lehren wird.

2) Die hereditatis petitio ist eine Realklage, denn sie entspringt aus dem Erbrechte, welches ein dingliches Recht ist. Man kann aber mit ihr, und pflegt mit ihr das Gesuch auf gewisse persönliche Leistungen zu verbinden. Ulpian [45]) sagt daher: Petitio hereditatis, etsi *in rem actio*

42) *L. 1. §. 1. D. Si pars heredit. petat.*

43) CUJACIUS in Comm. ad Pand. ad L. 4. et ad L. 9. et 10. D. h. t.

44) Epist. de mirabili Ulpiani impostura. *Lips.* 1759. §. 1. Eben dieses behauptete auch schon *Balth.* BRANCHU in Observation. ad ius Rom. Dec. I. cap. 6. pag. 51. seqq. Man sehe aber dagegen die angef. Berichtigungen S. 131. folg.

45) *L. 25. §. 18. D. h. t.*

actio sit, habet tamen *praestationes quasdam personales*: utputa eorum, quae a debitoribus sunt; item pretiorum. Der Kläger kann also verlangen, daß der Besitzer Rechnung ablege, den Werth der verkauften Erbschaftssachen ersetze, und auch die verursachten Schäden vergüte. Diese persönlichen Leistungen haben eine Verbindlichkeit zum Grunde, die dem iuri in personam entspricht. In dieser Hinsicht wird die Erbschaftsklage zu den gemischten Klagen gezählt [46]) wie aus dem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian [47]) erhellet, wo es heißt: Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede, vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est: cum *mixtae personalis actionis* ratio hoc respondere compellat. Jedoch erklären die neuern Rechtsgelehrten [48]) dieses so, daß wenn bey der Erbschaftsklage auch persönliche Leistungen mit in Streit gezogen worden, die hereditatis petitio in einem solchen Falle mit einer persönlichen Klage verbunden werde, so daß nun nicht mehr eine einzige, sondern eine doppelte Klage für erhoben zu achten sey.

3) Die

46) Man sehe hier vorzüglich *Franc. de* AMAYA Observation. iuris civ. (*Genevae* 1633. 4.) Lib. III. cap. 2. nr. 8. seqq. pag. 342. seqq. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. NOODT Comm. ad. Dig. h. t. pag. 178. seqq. et *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Quaest. 2.

47) *L. 7. Cod. h. t.*

48) S. die Berichtigungen und Zusätze zu Höpfners Commentar über die Institutionen von Hübner S. 122 — 124.

3) Die hereditatis petitio ist ihrer Dauer nach eine actio perpetua, die erst nach dreißig Jahren erlöscht [49]. Endlich

4) gehört auch die Erbschaftsklage zu den actionibus bonae fidei [50]. Vor Justinian war zwar die Sache nicht außer Zweifel, wie daraus erhellet, weil an einigen Orten der Pandecten gesagt wird, daß der hereditatis petitioni die exceptio doli entgegen gesetzt werden müsse [51], welches ein Merkmal einer actionis stricti iuris war; an andern aber diese exceptio nicht für nöthig geachtet wird [52]. Justinian hat die Sache entschieden [53]; daher werden sogar dem malae fidei possessori die nothwendigen und nützlichen Unkosten officio iudicis vergütet, wenn gleich die exceptio doli nicht war vorgeschützt worden [54].

§. 565.

Gegen wen hat die H. P. statt? Wer ist possessor *pro possessore*? Wer ist pro ficto possessore zu erhalten?

Die Erbschaftsklage kann gegen jeden angestellt werden, welcher die in Anspruch genommene Erbschaft, oder auch

49) *L. 7. C. h. t.* BRANCHU Observation. ad ius. Rom. Decad. II. Cap. 20. p. 281. glaubt jedoch, die hereditatis petitio sey nur in sofern perpetua, quatenus est *in personam.* Allein die *L. 7. C.* sagt dieses nicht.

50) *L. 12. §. 3. Cod. h. t.*

51) *L. 39. §. 1. D. h. t. L. ult. D. eodem.*

52) *L. 38. D. h. t.*

53) S. *Ant.* FABRI Conjectur. iur. iuris civ. Lib. XIV. cap. 18. und Westphal oben angef. Commentar 5. Th. §. 363.

54) *L. 38. D. h. t.*

auch nur Etwas davon, oder ein für dieselbe angeschafte Surrogat besitzt, insofern er des Klägers Erbrecht in Zweifel ziehet. Sie findet daher, als Universalklage, auch noch gegen den Statt, welcher die erbschaftlichen Sachen veräußert hat, aber den Werth dafür besitzt [55]. Nam pretium succedit in locum rei. Ja wenn auch der Veräußerer den Werth selbst noch nicht erhalten hat, so kann doch gegen ihn geklagt werden eben so gut, als ob er ihn schon erhalten hätte, weil er ihn noch immer beytreiben kann; oder doch dem Kläger auf sein Verlangen iura cessa geben muß [56]. Als ein für die Erbschaft gelößter Werth ist auch die Aestimation anzusehen, welche ein anmaßlicher Erbe von demjenigen, den er der Erbschaft wegen in Anspruch genommen hatte, etwa wegen einer von demselben begangenen Gefährde oder wegen dessen Ungehorsams für die Erbschaft erhalten hat [57]. Auch wenn ein Schuldner der Erbschaft nicht zahlen will, weil er Erbe zu seyn behauptet, und dem Kläger diese Eigenschaft abspricht, so ist die Erbschaftsklage gegen ihn begründet [58], so wie nicht minder

55) *L. 16. §. 1. D. h. t.*

56) *L. 16. §. 5. D. eod.*

57) *L. 16. §. 2. D. h. t.* JULIANUS *libro 6. Digestorum.* ait: ab eo, qui petit hereditatem, et *litis aestimationem* consecutus est, hereditatem peti posse. S. Westphal §. 415.

58) *L. 13. §. 15. D. h. t. L. 14. L. 15. L. 16. §. 3. D. h. t.* Behauptet der Schuldner nicht, daß er Erbe sey, sondern er zieht bloß das Erbrecht des Klägers in Zweifel, so findet gegen ihn die Erbschaftsklage nicht Statt, sondern der Erbe stellt gegen ihn die Schuldklage an, und legitimirt sich dabey ad causam. *L. 42. D. h. t.* S. HUBER in Pandect. ad Pand. h. t. §. 3. et in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 286. und Westphal §. 393.

der wider denjenigen, welcher Activforderungen der Erbschaft als anmaßlicher Erbe beygetrieben hat [59]). Sie findet hingegen wider denjenigen nicht Statt, welcher die Erbschaft, oder Sachen, welche dazu gehören, auf eines andern Namen besitzt, weil dieser das Erbrecht des Klägers nicht in Streit zieht [60]). Der Beklagte kann sich hier mit der exceptione laudationis auctoris schützen, und bitten, daß der Kläger mit seinem Anspruche an seinen Principal verwiesen werde [61]). Ist jedoch dieser Prinzipal abwesend, so kann dem Besitzer wenigstens die Klage zu dem Ende zugefertiget werden, daß er dem Abwesenden davon Nachricht gebe, und von demselben eine Vollmacht zur Betreibung der Sache auswirke. Meldet sich der Abwesende nicht, so muß sich dennoch der Besitzer auf die Klage einlassen [62]). Die Erbschaftsklage hat aber wider denjenigen auf keine Weise Statt, welcher zwar eine zur Erbschaft gehörige Sache besitzt, allein läugnet, daß sie zur Erbschaft gehöre, ohne jedoch dem Kläger sein Erbrecht streitig zu machen. Er behauptet, er habe die Sache gekauft, oder

 durch

59) *L. 16. §. 1. D. h. t.* Qui a debitore hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur.

60) *L. 13. §. 12. D. h. t.* Si quis absentis nomine possideat hereditatem, cum sit incertum, an ille ratum habeat, puto, absentis nomine petendam hereditatem, ipsius vero nequaquam; *quia non videtur pro herede vel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet.* Nisi forte quis dixerit, cum ratum non habet, iam procuratorem quasi praedonem esse. Tunc enim *suo nomine* teneri potest.

61) S. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 1. Band Nr. XVI.

62) Westphal im angef. Commentar §. 392.

durch einen andern singulären Rechtstitel erworben [63]). Gegen einen solchen Besitzer würde die Erbschaftsklage ganz vergeblich angebracht werden, weil hier der Beklagte mit dem Rechte des Klägers in keinen Widerspruch geräth. Kläger kann immerhin Erbe seyn, und doch kann auch der Erblasser Sachen und Güter bey seinem Leben verkauft oder verschenkt haben, und der Beklagte also dieselben titulo singulari rechtmäßig besitzen. Gesetzt nun, der Kläger habe sein Erbrecht auch noch so gut ausgeführt, was hilft es ihn; da der Beklagte ihm solches nicht streitig macht, und doch dadurch der Grund, den der Beklagte für sich anführt, nicht umgestossen wird. Hier muß also statt der Erbschaftsklage ein iudicium singulare, nämlich die Rei vindicatio, gebraucht werden [64]). Der Kläger müßte also zuvörderst das Eigenthum des Erblassers, sodann aber noch insonderheit den Umstand beweisen, daß er dieses Eigenthümers Erbe geworden sey [65]). Doch kann auch zuweilen eine bloß persönliche Klage Statt finden, z. B. die Sache, welche der Dritte besitzt, hat ihm des Klägers Erblasser geliehen. Hier stellt der Erbe eben diejenige Klage an, die der Verstorbene in diesem Falle selbst hätte anstellen müssen, und legitimirt sich zugleich als Erbe ad causam [66]).

Weil es also zur Begründung der Erbschaftsklage oft darauf ankommt, daß man wisse, aus welchem Grunde sich der

63) S. *Gebh. Christ.* BASTINELLER Diss. de lite heredis cum possessore singulare. *Vitembergae 1727.*

64) *L. 7. C. h. t. L. 4. C. in quib. caus. cesset longi temp praescript. Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 23.

65) Westphal in dem oben angef. Commentar. §. 380.

66) S. BASTINELLER cit. Diss. §. 10.

der Besitzer eine zur Erbschaft gehörige Sache anmaße, so kann der Beklagte angehalten werden, daß er auf Befragen aussage, ob er sich die inne habende Sache als Erbe, oder als Besitzer, oder aus einem eigenen Rechtstitel anmaße. Antwortet der Besitzer, daß er die Sache, woran der Kläger einen Anspruch macht, weder sich als Erbe anmaße, noch pro possessore besitze; so ist nun des Klägers Absicht erreicht. Nun weis er, daß die hereditatis petitio gegen diesen Besitzer nicht gegründet sey, und mehr braucht er nicht zu wissen. Denn daß der Besitzer bey der Erbschaftsklage durch eine interrogatio in iure genöthiget werden könne, gegen die Regel des gemeinen Rechts, den Rechtsgrund seines Besitzes anzugeben, läßt sich mit der Glosse aus der Verordnung der Kaiser **Arcadius** und **Honorius** [67]) keinesweges beweisen. Es heißt nämlich darin: Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere, incivile est, praeter eum scilicet, *qui dicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat.* **Hofacker** [68]) glaubt zwar, der Sinn dieses Gesetzes gehe nur dahin, daß der Besitzer bey der Erbschaftsklage sagen müsse, wenn er die Sache titulo singulari et proprio besitzt, daß er weder pro herede noch pro possessore besitze, weil er sonst, wenn er sich auf die Klage einläßt, stillschweigend einräumt, daß er entweder auf die eine oder andere Art besitze. Allein gesetzt, der Beklagte excipirt, die Klage finde nicht statt, er besitze die Sache weder pro herede noch pro possessore, so ist doch nun die Klage vergeblich angestellt, und der Kläger hat vergebliche Kosten gehabt.

67) *L.* 11. *C. h. t.*

68) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1672. not. a.

habt. Dies soll aber durch die interrogatio in iure verhütet werden. Daß der Erbe, von dem Besitzer einer zur Erbschaft gehörigen Sache verlangen könne, daß er sage, ob er die Sache pro herede oder pro possessore oder aus einem eigenen Rechtstitel besitze, bestärken auch die Basilica [69] in welchen die Stelle nach Fabrot's Uebersetzung so lautet: Nemo iure expetit ab aliquo, ut titulum suae possessionis dicat. Solus autem petitor hereditatis iure desiderat, ut possessor dicat, utrum pro herede, an pro possessore, vel quo alio titulo hereditatem possideat.

Unsere Practiker [70] lassen jedoch in diesem Falle, statt den Beklagten zu befragen, aus welchem Grunde er besitze, eine alternative Cumulation der Erbschaftsklage mit der Reivindication zu. Ja Leyser [71] behauptet sogar, wenn auch die hereditatis petitio namentlich wider einen possessorem singularem wäre angestellt worden, so könne doch der Richter der Billigkeit wegen eine solche Klagschrift bey Kräften erhalten, und eben so erkennen, als wenn die rei vindicatio wäre angestellt worden.

Es

69) Tom. V. Lib. XLII. Tit. I. pag. 568. Οὐδεὶς μὲν καλῶς ἀπαιτᾶι τινα λέγειν ποθεν νέμεται. ὁ δὲ τὴν τῶν κληρονομιαίων ἐκδίκησιν κινῶν, μόνος καλῶς απαιτεῖ τὸν νεμόμενον εἰπεῖν, ἔι ὡς νομίξων ἑαυτὸν κληρονὸμον, ἢ ὡς ἅρπαξ, ἢ μή τι ἐξ ἄλλου τίτλου διακατέχει τὴν κλήρονομίαν.

70) de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. not. BOEHMER doctr. de action. Sect. III. §. 2. Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 84. Not a.

71) Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCIV. medit. 2.

Es giebt indessen Fälle, wo derjenige, welcher titulo singulari Erbschaftsgüter an sich gebracht hat, doch mit der Erbschaftsklage in Anspruch genommen werden kann. Hierher gehört

1) wenn der Besitzer selbige, von dem anmaßlichen Erben, als eine universitas, kaufte. In diesem Falle kommt es jedoch darauf an, ob der Käufer in bona fide ist, oder ob er gewußt hat, daß dem Verkäufer kein Recht an den Sachen zustehe. Nur in dem letztern Falle kann er mit der hereditatis petitio utilis belangt werden [72]. Allein in dem ersten Falle muß eigentlich gegen den Verkäufer die Erbschaftsklage angestellt werden, und nur in subsidium, wenn gegen diesen nichts auszurichten ist, haftet der bonae fidei emtor, soweit er bereichert ist [73].

2) Wenn die Frau die Erbschaft ihrem Mann als Heyrathsgut zugebracht hat; so findet gegen den Mann die hereditatis petitio utilis statt, ob wohl auch die Frau actione directa belangt werden kann [74].

Die Erbschaftsklage findet nun also nur gegen einen solchen Besitzer statt, der dem Kläger sein Erbrecht streitig macht. Dieser kann entweder ein wahrer oder ein fingirter Besitzer seyn.

1) Ein

72) *L.* 13. §. 8. *D. h. t.* *Ant.* FABER in Rational. ad. h. L. findet zwar hiergegen viel einzuwenden, man sehe aber HUBER in Eunomia Rom. pag. 269.

73) *L.* 13. §. 4. *D. h. t.* S. Westphals oben angef. Commentar. §. 400.

74) *L.* 13. §. 10. *D. h. t.* Man sehe hier wider Fabers unnütze Kritic HUBER Eunom. Rom. pag. 271.

I. Ein wahrer Besitzer besitzt die Erbschaft entweder

1) *pro herede*, wenn er entweder glaubt, Erbe zu seyn; oder zwar weiß, daß er nicht Erbe sey, aber doch einen Rechtstitel für sich hat [75]); oder

2) *pro possessore*, wenn der Besitzer entweder gar keinen Titul anzugeben im Stande ist, oder der angegebene Titel nichtig, oder erdichtet ist [76]). Hommel [77]) glaubt zwar, Ulpian habe sich in dieser Erklärung geirrt, der possessor pro

75) *L.* 11. *pr. D. h. t.* PRO HEREDE possidet, qui putat, se heredem esse. Sed an et is, qui scit, se heredem non esse pro herede possideat, quaeritur? Et *Arrianus* lib. II. *de Interdictis* putat teneri. Quo iure vos uti *Proculus* scribit. — *L. 13. §. 8. D. eodem.* Si quis sciens alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet: et sic peti ab eo hereditatem quidam putant. Quam sententiam non puto veram. Nemo enim praedo est, qui pretium numeravit. Sed ut emtor universalis *utili* tenetur.

76) *L.* 11. §. 1. *D. h. t.* PRO POSSESSORE vero possidet praedo. *L.* 12. *D. eodem.* Qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit; *quia possideo*, nec contendet se heredem, vel per *mendacium*, (sc. hoc contendat). *L. 13. D. eodem.* Nec ullam *causam possessionis* possit dicere. Et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur. *L.* 13. §. 1. *D. eodem.* Omnibus etiam titulis hic pro possessore haeret, et quasi injunctus est (d. i. ein jeder nichtiger Titel macht den Besitzer zu einem possessor *pro possessore.*) Denique et *pro emtore* titulo haeret. Nam si a *furioso* emero sciens, *pro possessore* possideo. Item in titulo *pro donato* quaeritur, an quis *pro possessore* possideat; utputa *uxor* et *maritus?* Et placet nobis *Juliani* sententia, *pro possessore* possidere eam, et ideo *petitione hereditatis* tenebitur. Item *pro dote titulus* recipit *pro possessore* possessionem: utputa si a minore duodecim annis, nupta mihi, quasi dotem sciens accepi.

77) Rhapsod. quaestion. for. Vol. IV. Obs. 675.

pro possessore sey vielmehr der bonorum possessor, der die Erbschaft als vermeintlicher heres praetorius besitzt. Die Erbschaftsklage sey daher nur gegen den gestattet, der als vermeintlicher Erbe besitzt. Allein es ist schon von andern [78]) gezeigt worden, daß diese gewagte Behauptung aus einer offenbaren petitio principii geflossen sey. Er setzt nämlich als unbezweifelt voraus, die hereditatis petitio sey nicht bloß ein Streit über das Erbrecht des Klägers, sondern auch über das des Beklagten, wer nämlich von beyden der wahre oder nähere Erbe sey. Diese irrige Hypothese ist aber schon oben verworfen worden. Die Erbschaftsklage findet daher gegen jeden Besitzer der Erbschaft, als universitas betrachtet, statt, wenn er auch nicht als Erbe besitzt, aber doch des Klägers Erbrecht in Zweifel zieht, weil die Reivindication eine actio singularis ist, durch welche eine universitas iuris nicht verfolgt werden kann [79]).

Zuweilen kann bey derselben Erbschaft der eine als possessor pro herede, der andere als possessor pro possessore in Anspruch genommen werden [80]). Der Fall ist, wenn Jemand denjenigen, welcher die Erbschaft pro herede besaß, mit Gewalt aus dem Besitz vertrieben hat. Hier kann der wahre Erbe nach seiner Willkühr entweder den Entsetzten in An-

78) KOCH in Specim. comp. Pandect. (*Jenae* 1757.) medit. 6. pag. 41. HOFACKER in Princip. iur. civ. T. II. §. 1672. not. f. pag. 821. *Jo. Theoph.* SEGER Diss. quaestion. for. Syllog. II. cont. *Lipsiae* 1773. Qu. 8. pag. 24. und (Hübner) Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Röm. Rechts (Leipzig 1801. 8. S. 131. ff.

79) *L. 56. D. de Rei vind.*

80) *L. 16. §. 4. D. h. t.*

Anspruch nehmen, quasi *iuris possessorem* [81]), quia habet interdictum *unde vi*, quo victus cedere debet [82]), oder den jetzigen Besitzer, qui de jecit, weil er die Erbschaft *pro possessore* besitzt.

II. Die Erbschaftsklage findet auch wider einen solchen Beklagten Statt, der nicht wirklich Besitzer ist, allein wegen seines Dolus eben so belangt und verurtheilt werden kann, als wenn er wirklich Besitzer wäre. Man nennt einen solchen Beklagten einen *fictus possessor* [83]). Der Grund dieses Verhältnisses liegt also in dem Dolus des Beklagten. Daher die Regel des Civilrechts: *dolus pro possessione est.* [84]). Dieser Dolus des Beklagten, der ihn im rechtlichen

81) Man nennt in der hereditatis petitio den Beklagten *iuris possessor*, wenn er zwar die Sache nicht besitzt, aber besitzen kann, weil er eine Klage darauf hat, deren Cession von ihm gefordert wird. *L. 9. L. 18. §. 1. L. 35. D. h. t.* Dieser kann mit der Erbschaftsklage belangt werden, weil er etwas zu thun sich weigert, was der Kläger, als Erbe, von ihm fordern zu können glaubt, und also ein Stück des allgemeinen Erbrechts sich anmaßt. S. Fr. Carl von Savigny Recht des Besitzes §. 8. S. 74. folg.

82) *L. 17. pr. D. de acquir. vel omitt. poss.* Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret: cum Interdicto *de vi* reciperandae possessionis facultatem habeat. S. von Savigny S. 120. not. 1.

83) *Ad. Ignat.* TURIN Diss. de ficto possessore. *Erfordiae 1774.* und *Jo. Henr. Christ.* ERXLEBEN Diss. de eo, quod iuris est circa fictam possessionem, maxime quoad rei vindicationem et hereditatis petitionem. *Goettingae 1778.*

84) *L. 131. D. de Reg. iur. L. 157. §. 1. D. eodem.* Diese Regel ist durch ein Senatus-Consultum zur Zeit des Krs. Hadrian im

lichen Sinn zum Besitzer macht, ist auf zweyerley Art denkbar.

1) Wenn der Beklagte sich muthwillig auf die Klage einläßt, als ob er besäße, da er doch weiß, daß er nicht Besitzer ist, um den Kläger in einen vergeblichen Prozeß herum zu ziehen. Von diesem sagen die Gesetze: *liti se obtulit* [85]). Hierher gehört, wenn Ulpian [86]) sagt: Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. Et videndum, si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur? Et CELSUS lib. 4. Digestorum scribit, ex dolo eum teneri; *dolo enim facere eum, qui se offert petitioni*. Quam sententiam generaliter MARCELLUS apud IULIANUM [87]) probat: *omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.* Die Stelle, welche Ulpian hier aus des Celsus Digesten citirt, kommt noch besonders in Justini-

im Jahr der Erb. Roms 881. eingeführt worden, dessen Worte *L.* 20. §. 6. *D. h. t.* enthalten sind. Man vergleiche darüber HEINECCII Diss. de Senatusconsulto Hadriani temporibus facto, quod extat. L. XX. §. VI. Dig. de heredit. petit. in EIUSDEM *opuscul. postum. ad historiam Edictor.* pag. 449. seqq.

85) S. *Aemil. Lud.* HOMBERGK zu Bach Diss. de oblatione ad litem. *Marburgi* 1746.

86) *L.* 13. §. 13. *D. h. t.*

87) Marcellus hat Noten über Julians Digesten geschrieben, von diesen ist in unserer Stelle die Rede; nicht von Marcells Digesten, wie TURIN in Diss. cit. §. 3. aus *L.* 13. §. 14. *D. h. t.* hat erweisen wollen. S. Westphals Commentar §. 433.

stinians Pandecten [88]) vor, und lautet so: Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, condemnatur: nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem initio litis scire eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus. Et qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi. Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Kläger geglaubt habe, der Beklagte sey, wie er vorgegeben hat, wirklicher Besitzer. Denn hat er es selbst besser gewußt, und belangt den vorgeblichen Besitzer doch, so trägt er den Schaden seiner eigenen Schuld. Es muß jedoch, wie aus der angeführten Stelle des Celsus erhellet, der Beklagte des Klägers Wissenschaft beweisen, und da hierzu evidentissimae probatione erfordert werden, so kann hierzu, wenigstens nach dem Römischen Rechte, Eideszuschiebung nicht gebraucht werden [89]). Giebt sich der Beklagte fälschlich für den Besitzer aus, so kann er sein Vergehen so lange noch wieder gut machen, als er den Kläger noch nicht in Schaden gebracht hat [90]). Dies ist nun gewöhnlich der Fall, wenn er vor der Litiscontestation sein fälschliches Vorgeben zurück.

88) *L. 45. D. eodem.* Die Ueberschrift dieses Fragments ist CELSUS *lib. 4. Digestorum.* S. BRENCMANN Diss. de Legum inscriptionibus §. 11. bey WIELING in *Jurisprud. restituta* T. II. pag. 157.

89) Gönners Handbuch des deutschen, gemeinen Prozesses 1r Band Nr. XVI. §. 6. S. 350. Nach dem Gerichtsgebrauch wird jedoch die Eideszuschiebung für zuläßig gehalten. BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. 4. §. 54. not. 5.

90) ERXLEBEN cit. Diss. Cap. I. Membr. II. §. 6.

zurücknimmt [91]); es wäre denn, daß der Kläger dadurch, daß der Beklagte fälschlich vorgab, er sey Besitzer, abgehalten worden wäre, den wirklichen Besitzer in Anspruch zu nehmen, und darüber die Verjährungszeit verstrichen wäre. Hier liegt dem Beklagten die Verbindlichkeit zur Entschädigung des Klägers ob, wenn jener auch sein Vorgeben noch vor der Kriegsbefestigung zurückgenommen hätte [92]).

2) Wenn der Beklagte wirklicher Besitzer war, aber aus Gefährde zu besitzen aufgehört hat, um den Kläger seine Ansprüche zu vereiteln. Es mag der Beklagte Anfangs in bona oder gleich in mala fide gewesen seyn [93]). Hierher gehört, wenn **Ulpian** [94]) sagt: Item, si quis *dolo* fecerit, *quominus possideat*, hereditatis petitione tenebitur. Hat der Beklagte sich eine Erbschaft, die ihm gar nicht gehörte, wissentlich angemaßt, so haftet er nicht nur für seinen Dolus, sondern auch, wenn er durch seine Culpa den Besitz verlohr [95]). Der Beklagte hört nun zu besitzen auf, nicht

91) *L. 25. D. de Rei Vindicat.* Caeterum ante iudicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere, cum vere non possideret; nec videtur se liti obtulisse, *qui discessit.*

92) S. NOODT Commentar. ad Pandect L. VI. Tit. I. *Operum* T. II. pag. 165. und HOMBERGK cit. Diss. §. 22.

93) ERXLEBEN cit. Diss. Cap. I. Memb. III. §. 2.

94) *L. 13. §. 14. D. h. t.*

95) *L. 25. §. 2. D. h. t.* Quod ait Senatus: *eos, qui bona invasissent, quae scirent, ad se non pertinere, etiam si ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent*, ita intelligendum est, ut et DOLUS PRAETERITUS in petitionem hereditatis deduceretur, *sed et* CULPA. S. ERX-

nicht nur, wenn er die Sache an einen solchen aus Gefährde verkauft, der schwer zu belangen ist, sondern auch wenn er die Sache vernichtet, und vertilgt; oder Sachen, die zur Erbschaft gehören, von den Besitzern oder Schuldnern abzufordern unterläßt, welche er leicht hätte erhalten können [96]). Denn auch derjenige, welcher aus Gefährde es gehindert hat, daß er nicht zum Besitz der Sache gekommen ist, wird rechtlich eben so angesehen, als ob er dolose zu besitzen aufgehört hätte [97]). Sind durch boshafte Veräußerung mehrere fingirte Besitzer successive entstanden, durch deren Hände die Sache gegangen ist, so haften sie alle [98]), und es hängt von dem Kläger ab, wen er belangen will.

Ein fingirter Besitzer kann nun eben so verurtheilt werden, als wenn er die Erbschaft wirklich besäße, und zwar haftet er nicht nur für die Erbschaft selbst, sondern auch für deren Nutzungen. Das Senatusconsultum sagt: *Perinde condemnandos, quasi possiderent*, welche Worte Ulpian [99]) so erklärt: Merito: nam is, qui dolo fecit, quominus possideret, ut possessor condemnatur: accipies, sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem noluerit admittere. Unde si sit alius possessor, ab

ERXLEBEN cit. Diss. Cap. I. membr. III. §. 2. und Westphal im angef. Commentar. §. 489.

96) *L.* 25. §. 2. *D. h. t.* ERXLEBEN cit. Diss. Cap. I. membr. 3. §. 4.

97) *L.* 25. §. 8. *D. h. t.*

98) Et, si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur, sagt der angef. §. 8. *cit. L.* 25.

99) *L.* 25. §. 8. *et* 9. *D. h. t.*

ab utroque *hereditas peti* poterit. — Sed utrum is solus, qui possidet, *fructus praestabit*: an etiam is, qui *dolo* fecit, *quominus possideret?* et dicendum erit, post Senatusconsultum *ambo teneri*. Hiermit stimmt auch Celsus [100]) überein, welcher sagt: Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, condemnatur, (sc. quasi possideret). Der Kläger kann hier den Werth eidlich bestimmen, den ihm der Beklagte ersetzen muß. Ulpian [1]) sagt: Haec verba Senatusconsulti etiam adversus eum, qui non possidet, *iusiurandum* inducunt. Tam enim adversus eum, qui dolo fecit, quominus possideat, quam adversus possidentem, *in litem iuratur*. Daß der Kläger auch alles Interesse in Anschlag bringen kann, lehrt ebenfalls Celsus [2]), wenn er sagt: aestimari scilicet oportebit, *quanti eius interfuit, non decipi*. Die Klage gegen den fingirten Besitzer fällt indessen weg, wenn der wahre Besitzer gleich Anfangs sich bereitwillig erklärt, die Sache mit dem Kläger auszumachen; es muß nur aber freylich der Prozeß mit dem wahren Besitzer nicht beschwerlicher seyn, als der mit dem fingirten Besitzer, denn unter diesen Umständen ist der Kläger nicht schuldig, den fingirten Besitzer zu entlassen. Sed si alius nactus possessionem, sagt Ulpian [3]), quam ego dolo malo amiseram, paratus sit iudicium pati, MARCELLUS *lib.* 4. *Digestorum* tractat, ne forte evanescit adversus eum, qui desiit possidere, litis aestimatio? Et magis eva-

 nescere,

100) *L.* 45. *D. h. t.*

1) *L.* 25. §. 10. *D. h. t.*

2) *L.* 45. *D. eodem.*

3) *L.* 13. §. 14. *D. h. t.*

nescere, ait, nisi petentis interest. Certe, inquit, si rem paratus sit restituere, indubitatum erit, evanescere. Sed si is, qui dolo desiit, ante conveniatur, eum, qui possidet, non liberabit.

Es entsteht nun die Frage, ob der Erbe den wahren Besitzer der Erbschaft auch dann noch in Anspruch nehmen könne, wenn ihm der fingirte Besitzer den Werth und alles Interesse vergütet hat? Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind hier getheilt. Einige [4]), zu denen Hellfeld gehört, läugnen dieses gänzlich, sie sagen, es streite gegen alle Billigkeit, das Seinige zweymal zu fordern [5]), und diese Unbilligkeit leuchte hier um so mehr in die Augen, da bey einer Erbschaft, als eine universitas iuris betrachtet, der Werth an die Stelle der Sache tritt. Ueberdies sprächen auch in andern Fällen die Gesetze [6]) den wahren Besitzer frey, wenn der Eigenthümer wegen des Werths der Sache befriediget worden ist. Ja Paulus [7]) lasse vollends keinen Zweifel zurück, wenn er sagt: Eius rei, quae per *in rem actionem* petita, tanti aestimata est, quanti *in litem* actor iuraverit: *dominium statim ad possessorem pertinet*, transegisse enim cum eo, et decidisse videor eo

4) VOET in Comm. ad. Pand. h. t. §. 8. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv, h. t. Qu. IV. not. m. pag. 479. und besonders ERXLEBEN cit. Diss. Cap. III. membr. II.

5) *L. 57. D. de Reg. iuris.*

6) *L. 8. L. 20. D. de interrogat. in iure. L. 24. 25. et 26. D. de noxal. action.*

7) *L. 46. D. de rei vindicat.* Eben dieses bestätigen auch *L. 1. et 3. D. pro emtore*, wo gesagt wird: litis aestimatio est similis emtioni.

eo pretio, quod ipse constituit. Dessen ungeachtet behaupten die meisten sowohl theoretischen [8]) als practischen Rechtsgelehrten [9]) das Gegentheil, und für diese Meinung, welche dem Erben noch eine Klage gegen den wahren Besitzer der Erbschaft gestattet, wenn er gleich schon den Werth derselben von dem fingirten Besitzer erhalten hat, streitet auch ohne Zweifel das strenge Recht. Denn Erstens wird die Verurtheilung des fingirten Besitzers zur Vergütung des Werths und alles übrigen Interesse in den Gesetzen blos als eine Strafe des Dolus angesehen. Von dieser Strafe bleibt also der eigentliche Realanspruch an der Erbschaft selbst ganz unterschieden. Es läßt sich folglich mit Grund nicht behaupten, daß der Kläger das Seine zweymal fordere, da die Klagen gegen verschiedene Personen gehen. Daß nun aber zweytens die Klage noch gegen den wahren Besitzer Statt finde, lehren die Gesetze

 ganz

8) DONELLUS in Commentar. iur. civ. lib XIX. cap. 12. pag. 1114. CUJACIUS Lib. XXII. Observat. cap. 29. NOODT Commentar. in Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 177. HUBER in Eunomia Rom. h. t. pag. 272. et in Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. *Jos.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 15. nr. 16. et 17. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. IV. STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. X. §. 48. Westphal im Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente §. 436. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1673. in fin. TURIN in Diss. de ficto possessore §. 9. HOMBERGK zu Vach in Diss. de oblatione ad litem. §. 27. MALBLANC Dig. Tom. I. §. 377. u. a. m.

9) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 9. BERGER Oecon. iuris. Lib. II. Tit. IV. §. 54. not. 5. BRUNNEMANN in Comm. ad L. 13. §. 13. D. h. t. MEVIUS P. III. Decis. 98.

ganz deutlich. So sagt Ulpian [10]: Sed si is, qui dolo desiit, ante conveniatur, *eum, qui possidet, non liberabit.* Eben so Paulus [11]: Si is, qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est, *nihilominus a possessore recte petitur;* sicut *Pedius* ait. Noch deutlicher Papinian [12]: Dolo fecisti, quominus possideres, quod ex hereditate ad alienum pertinente adprehenderas. Si possessor corpus aut litis aestimationem praestitit, ea res tibi proderit: quia nihil petitoris interest. Caeterum, si tu ante conventus, ex praeterito dolo praestiteris; *nihil ea res possessori proderit.* Es stimmt auch dieses mit andern Grundsätzen des römischen Rechts überein. Denn begründet der Besitz eine Realklage [13], so kann dieselbe dadurch nicht erlöschen, daß ein Dritter, wegen eines begangenen Dolus, den Werth der Sache ersetzt hat. Hierdurch ist der Grund der Klage wider den Besitzer nicht gehoben. Daher kann auch hier die Regel: pretium in locum rei succedit, keine Anwendung finden; und eben so wenig sind die von der Gegenparthey angeführten Gesetze uns entgegen. Denn sie reden zum Theil von Noxalklagen, bey welchen der Prätor dem Beschädigten nur eine Klage entweder gegen den wahren, oder gegen den fingirten Besitzer gestattete. Daß aber dieses nur als Ausnahme von der Regel galt, giebt Paulus dennoch genug zu verstehen, wenn

10) *L.* 13. §. 14. *D. h. t.*

11) *L.* 7. *D. de Rei vindicat.*

12) *L.* 95. §. 9. *D. de solut. et liberat.*

13) *L. un. Cod. de alienat. iud. mut. c. facta.*

wenn er sagt [14]): Id enim *Praetor* introduxit, *ne eluderetur actor: non ut etiam lucrum faceret.* Ideoque exceptione a sequenti summovebitur. Theils reden sie gar nicht von dem Falle, da der fingirte Besitzer zuerst ausgeklagt worden ist [15]), sondern wo der Beklagte, der die, von dem Eigenthümer in Anspruch genommene Sache, in seiner Gewalt hat, dieselbe aus Ungehorsam zu restituiren sich weigert, und der Kläger zum Würderungseide gelassen wird [16]). Hier geht das Eigenthum der Sache auf den Beklagten über, der den Kläger wegen des Werths entschädiget hat. *Transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.* Eine solche aestimatio litis wird gleichsam als ein Kauf angesehen [17]), weil der Kläger, qui invitus ad res suas vendendas cogi nequit, wenn er das eidlich bestimmte Aequivalent annimmt, natürlich auch im Moment der Annahme auf das, wofür es gegeben wird, so verzichtet, als der Verkäufer auf das Verkaufte, wenn er das Pretium annimmt [18]). Dies ist aber von

 dem

14) *L. 26. pr. D. de noxalib. action.* verglichen mit *L. 24. D. eodem.*

15) Man sehe hier *L. 46. D. de Rei Vindicat.* und vergleiche damit *L. 47. D. eodem.* Ueber beyde Stellen s. *Jos.* AVERANII Interpretat. iuris. Lib. I. cap. 15. nr. 6. seqq. und *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exerc. VIII. §. 18. pag. 202.

16) *L. 1. et 2. D. de in litem iur.*

17) *L. 7. §. 1. D. de public. in rem act. L. 22. pr. D. de act. rer. amotar.*

18) Franz Ludw. Wirschinger über das iuramentum in litem §. 76.

dem Fall ganz verschieden, wenn der fingirte Besitze
Werth als eine poena doli vergütet hat, denn daß
durch der wahre Besitzer nicht von dem Anspruche
Eigenthümers befreyet werde, sagen die oben angefü
Gesetze ausdrücklich. Man nimmt jedoch nicht un
den Fall aus, da der wahre Besitzer den Regreß gegen
fingirten nehmen könnte, weil dieser sonst doppelt beza
müßte [19]. Z. E. der wahre Besitzer hat die Sache
demjenigen gekauft, der dieselbe dolose zu besitzen a
gehört, und den Werth prästirt hat. Wäre der wa
Besitzer zuerst in Anspruch genommen worden, und die
hätte dem Kläger die Sache restituirt, so findet gegen d
fingirten Besitzer keine Klage weiter statt [20]. Ob übrigen
der Beklagte schon bey der Einlassung, oder von da an bi
zum Urtheil den Besitz erwarb, ist einerley [21]. Den
man sieht bey Realklagen auf das tempus rei iudicatae [22].

§. 566.

19) *Ant.* FABER in Rational. ad L. 13. §. 14. D. h. t. HILLIGER ad *Donellum* Lib. XIX. cap. 12. lit. M. Westphal im angef. Commentar §. 436. TURIN cit. Diss. §. IX. in fin.

20) *L. 95. §. 9. D. de Solution.*

21) *L. 18. §. 1. D. h. t.* Si quis, cum peteretur ab eo hereditas, neque rei, neque iuris velut possessor erat, verum postea aliquid adeptus est: an petitione hereditatis videatur tenere? et CELSUS lib. 4. Digestorum recte scribit hunc condemnandum, *licet initio nihil possedit.*

22) *L. 16. pr. D. h. t.* *Jos.* AVERANIUS Interpretat. iuris Tom. II. Lib. IV. cap. 23. nr. 5. pag. 122.

§. 566.

Gesuch und Object der Erbschaftsklage.

Das Gesuch der Erbschaftsklage geht

1) insofern dieselbe eine Realklage ist, dahin, daß der Kläger für den wahren Erben erklärt, und der Beklagte verurtheilt werde, die Erbschaft mit allem, was dazu gehört, herauszugeben. Zur Erbschaft gehört nun aber alles, was der Erblasser nicht nur zur Zeit seines Todes besessen hat, es sey sein Eigenthum, oder nicht, z. B. die ihm zum Pfande gegebenen, geliehenen, oder deponirten Sachen, oder derentwegen dem Verstorbenen sonst ein Retentionsrecht zustand; sondern auch die Accessionen, wodurch nach seinem Tode die Erbschaft vermehrt worden ist, z. B. die Früchte, wenn sie auch der Kläger selbst auf die Art nicht gezogen haben würde, Pacht und Miethgelder, und aller Gewinn, der von der Erbschaft ist gezogen worden. Ja auch dasjenige ist Gegenstand der Klage, was der Besitzer um der Erschaft willen angeschaft hat, das Geld zum Ankauf mag aus der Erbschaft genommen worden seyn, oder nicht. Die hierher gehörigen Stellen sind:

1) *L.* 19. *pr. D. h. t.* wo **Paulus** sagt: Et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet; ut res pignori datae defuncto, vel commodatae, depositaeve. Et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditatis petitione contineatur; sicut illae, quorum nomine Publiciana competit. Sed licet earum nomine, quae commoda-

tae vel depositae sunt, nulla sit facile actio, quia tamen periculum earum ad nos pertinet, aequum est, eas restitui. Daß der Erbe wegen solcher Sachen, derentwegen schon dem Erblasser die Hypothekarische oder Publicianische Klage zustand, die Erbschaftsklage anstellen kann, ist kein Wunder, da jene Klagen ebenfalls dingliche Klagen sind. Allein wegen der dem Erblasser geliehenen, oder in Verwahrung gegebenen Sachen, giebt es keine Klage gegen den dritten Besitzer. Da nun aber dennoch der Erbe für diese Sachen verantwortlich ist, so war es billig, ihm derentwegen die Erbschaftsklage zu gestatten, weil sie doch als ein Theil der Erbschaft, für universitas iuris genommen, zu betrachten sind. Paulus fährt fort §. 2. Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem: veluti si iuraverit defunctus, petitoris rem non esse, et decesserit. Debent hae quoque restitui. Wenn der Erblasser geschworen hat, daß die Sache dem Kläger nicht zugehöre, der sie als sein Eigenthum in Anspruch genommen hatte, so wirkt dieser Eid nur gegen den Kläger, so daß diesem, wenn er klagt, die exceptio jurisiurandi entgegen gesetzt werden kann. Eine Klage stand also dem Schwörenden der Sache wegen nicht zu. Gleichwohl müssen auch solche Sachen, als Theil der Erbschaft, abgeliefert werden, wenn mit der Erbschaftsklage überhaupt auf Restitution der Erbschaft geklagt wird.

2) *L. 20. pr. D. eodem.* Hier sagt Ulpian: Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae *hereditatis causa* comparata sunt; utputa mancipia, (pecoraque, et si qua alia) quae necessario hereditati sunt comparata. Et si quidem *pecunia hereditaria* sint comparata: sine dubio

dubio venient. Si vero non pecunia hereditaria? videndum erit. *Et puto etiam haec venire*, si magna utilitas hereditatis versetur: *pretium scilicet restituturo herede*. Ferner §. 3. Item non solum ea, quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea *augmenta* hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem: nam hereditas et augmentum recipit et deminutionem. — *Fructus* autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam sive post aditam hereditatem accesserint. Ja Afrikanus setzt noch *L.* 56. *D. h. t.* hinzu: Cum hereditas petita sit, eos fructus, quos possessor percepit, omnimodo restituendos, *etsi petitor eos percepturus non fuerat*.

3) L. 27. §. 1. *D. h. t.* Sed et pensiones, quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae sunt, venient, licet a lupanario perceptae sint. Nam et in multorum honestorum virorum praediis lupanaria exercentur. Bey den Römern war die Bordelwirthschaft erlaubt, wenn es nur vorher den Aedilen war angezeigt worden, und dem Staate jährlich die gewöhnliche Abgabe entrichtet wurde [23]. Selbst Standespersonen, welche hier, wie Huber [24]) bemerkt, unter den *honestis viris* zu verstehen sind, hielten Bordelle. Hatte nun der Besitzer der

Erb-

23) *Desid.* HERALDI Observat. et Emendat. cap. 33. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1352. seq.) *del* MANZANO Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. in *Thes. Meermann* Tom. V. pag. 311. *Jos.* FINESTRES Hermogenian. Tom. I. pag. 429 seqq. und *Andr. Flor.* RIVINI Diss. de muliere quaestuaria *Vitemb.* 1733.

24) Eunomia Rom. ad L. 27. D. h. t. §. 2. pag. 285.

Erbschaft durch Verpachtung des dazu gehörigen Bord sich einen Gewinn verschaft, so mußte auch dieser dem E ben restituirt werden, wenn er gleich schändlich war. Her mogenian [25]) sagt: ne honesta interpretatio non hone sto quaestu lucrum possessori faciat.

4) *L.* 28. §. 3. *D. h. t.* sagt endlich Paulus no überhaupt: Post Senatusconsultum enim *omne lucru* auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam prae doni dicendum est.

Die Klage erstreckt sich also auf alles, was zur Erb schaft gehört, es sey körperlich oder unkörperlich, beweglich oder unbeweglich. Ulpian [26]) sagt: Placuit, universas res hereditarias in hoc iudicium venire, sive *iura*, sive *corpora* sint. Ob auch Servituten ein Gegenstand der Erbschaftsklage sind, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Georg Fried. Deinlein [27]) trägt kein Bedenken, dieses zu bejahen, und glaubt, daß Ulpian seine Meinung nicht undeutlich bestätige, wenn dieser im Allgemeinen sagt, daß auch iura, unkörperliche Dinge, unter der Erbschaftsklage begriffen wären. Ja eben dieser Ulpian lehre auch, daß bey Servituten eine Restitution denkbar sey, wenn er sagt:

25) *L.* 52. *D. h. t.* Man sehe über diese Stelle FINESTRES c. l. §. 2. pag. 429. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. nr. XXXIX. not. a. und HUBER in Eunom. Rom. ad L. 52. cit. pag. 287. seqq.

26) *L.* 18. §. 2. *D. h. t.*

27) Observat. iuris miscellar. caput primum de servitutibus in hereditatis petitionem venientibus occasione L. 18. §. ult et L. 19. §. 3. D. de hered. petit. *Altdorfii* 1740.

dubio venient. Si vero non pecunia hereditaria? videndum erit. *Et puto etiam haec venire*, si magna utilitas hereditatis versetur: *pretium scilicet restituturo herede*. Ferner §. 3. Item non solum ea, quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea *augmenta* hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem; nam hereditas et augmentum recipit et deminutionem. — *Fructus* autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam sive post aditam hereditatem accesserint. Ja Afrikanus setzt noch *L. 56. D. h. t.* hinzu: Cum hereditas petita sit, eos fructus, quos possessor percepit, omnimodo restituendos, *etsi petitor eos percepturus non fuerat*.

3) L. 27. §. 1. *D. h. t.* Sed et pensiones, quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae sunt, venient, licet a lupanario perceptae sint. Nam et in multorum honestorum virorum praediis lupanaria exercentur. Bey den Römern war die Bordelwirthschaft erlaubt, wenn es nur vorher den Aedilen war angezeigt worden, und dem Staate jährlich die gewöhnliche Abgabe entrichtet wurde [23]). Selbst Standespersonen, welche hier, wie Huber [24]) bemerkt, unter den *honestis viris* zu verstehen sind, hielten Bordelle. Hatte nun der Besitzer der Erb-

23) *Desid.* HERALDI Observat. et Emendat. cap. 33. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1352. seq.) *del* MANZANO Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. in *Thes. Meermann* Tom. V. pag. 311. *Jos.* FINESTRES Hermogenian. Tom. I. pag. 429 seqq. und *Andr. Flor.* RIVINI Diss. de muliere quaestuaria *Vitemb.* 1733.

24) Eunomia Rom. ad L. 27. D. h. t. §. 2. pag. 285.

Erbschaft durch Verpachtung des dazu gehörigen Bordels sich einen Gewinn verschaft, so mußte auch dieser dem Erben restituirt werden, wenn er gleich schändlich war. Hermogenian [25]) sagt: ne honesta interpretatio non honesto quaestu lucrum possessori faciat.

4) *L.* 28. §. 3. *D. h. t.* sagt endlich Paulus noch überhaupt: Post Senatusconsultum enim *omne lucrum* auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni dicendum est.

Die Klage erstreckt sich also auf alles, was zur Erbschaft gehört, es sey körperlich oder unkörperlich, beweglich oder unbeweglich. Ulpian [26]) sagt: Placuit, universas res hereditarias in hoc iudicium venire, sive *iura*, sive *corpora* sint. Ob auch Servituten ein Gegenstand der Erbschaftsklage sind, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Georg Fried. Deinlein [27]) trägt kein Bedenken, dieses zu bejahen, und glaubt, daß Ulpian seine Meinung nicht undeutlich bestätige, wenn dieser im Allgemeinen sagt, daß auch iura, unkörperliche Dinge, unter der Erbschaftsklage begriffen wären. Ja eben dieser Ulpian lehre auch, daß bey Servituten eine Restitution denkbar sey, wenn er sagt:

25) *L.* 52. *D. h. t.* Man sehe über diese Stelle FINESTRES c. l. §. 2. pag. 429. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. nr. XXXIX. not. a. und HUBER in Eunom. Rom. ad L. 52. cit. pag. 287. seqq.

26) *L.* 18. §. 2. *D. h. t.*

27) Observat. iuris miscellar. caput primum de servitutibus in hereditatis petitionem venientibus occasione L. 18. §. ult et L. 19. §. 3. D. de hered. petit. *Altdorfii* 1740.

sagt [28]): Est quaesitum, si usus fructus vel usus fuerit alicui relictus, eumque occupaverit: an hoc Interdicto (sc. *Quod legatorum*) *restituere* sit compellendus? movet, quod neque usus fructus neque usus possidetur: sed magis tenetur. Potest tamen defendi, *competere Interdictum.* Idem dicendum est et in *servitute relicta.* Allein die meisten Rechtsgelehrten [29]) läugnen, daß Servituten ein Gegenstand der Erbschaftsklage seyn könnten. Denn Servituten sind entweder persönliche oder dingliche. Erstere sind ohnehin mit dem Tode des Erblassers erloschen. Letztere hingegen haften auf den dem Kläger zu restituirenden Grundstücken active, und gehen ipso iure mit selbigen an den Kläger über, es läßt sich also keine besondere Restitution derentwegen gedenken. Eben dieses bestärkt auch Paulus [30]) mit klaren Worten, wenn er sagt: *Servitutes* in restitutionem hereditatis non venire, ego didici: *cum nihil eo nomine possit restitui*, sicut est in corporibus et fructibus. Sed si non patiatur ire et agere, *propria actione* convenietur. Der Servituten wegen ist also lediglich die actio confessoria anzustellen, wenn der Erbe in deren Ausübung gehindert wird. Dies ist

28) *L.* 1. §. 8. *D. Quod legator.*

29) DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib XIX. cap. 13. pag. 1124. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 12. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 19. §. 3. D. h. t. WESTENBERG in Digest. h. t. §. 25. *Ge. Wilh. Lud.* BENECKE Disquis. acad de vero hereditatis petitionis objecto servitutes excludente. *Giessae* 1741. und Westphal im angef. Commentar §. 458.

30) *L.* 19. §. 3. *D. h. t.*

ist unstreitig die actio propria, welche Paulus hier meint. Diesem ist auch Ulpian nicht entgegen, wenn er lehrt, daß bey einer legirten Servitut mit dem Interdicto quod legatorum die Restitution gefordert werden könne, wenn der Legatar dieselbe schon occupirt hat, und dem Erben die Falcidia daran gebührt. Denn hier ist die erbschaftliche Sache selbst dienstbar, der Legatar muß also den Nießbrauch oder den Gebrauch der Servitut so lang dem Erben wieder abtreten, bis er der Falcidie wegen befriediget ist. Man behauptet daher auch mit Recht, daß persönliche Dienstbarkeiten insofern sie auf die Erben übergehen [31]), wohl ein Gegenstand der Erbschaftsklage seyn könnten, weil unter diesen Umständen eine Restitution derselben denkbar ist [32]). Daher führt Paulus blos Beyspiele von Real-Servituten an. Nun läßt sich zwar auch bey dinglichen Servituten der Fall gedenken, daß der Besitzer der Erbschaft, zu welcher sie gehören, Früchte könnte genossen haben, die er restituiren muß, man denke sich z. B. die Huth- und Weidegerechtigkeit. Hier muß der Beklagte den sich angemaßten Genuß der Früchte vergüten, welche ohne Zweifel zur omnis causa gehören, mit welcher die Erbschaft restituirt werden muß. Allein ein jeder sieht hier von selbst ein, daß in diesem Falle von keiner Restitution der Servitut selbst, von welcher Paulus redet; sondern von einer bloßen persönlichen Prästation die Rede ist, worauf die Erbschaftsklage bekanntermassen mit gerichtet werden kann. Wie aber, wenn derjenige, welcher den Erben in

31) *L. 14. Cod. de Usufr. et habitat. L. 2. D. de usu et usufr. legatis.*

32) DONELLUS c. l. VOET c. l.

in der Ausübung einer zur Erbschaft gehörigen Real-Servitut stöhrt, demselben die Einrede entgegensetzt, daß nicht Kläger, sondern er, der Beklagte, der wahre Erbe sey? Sollte denn auch in diesem Falle nach der Lehre des Paulus die actio confessoria gegründet seyn? Ich glaube allerdings. Denn hier ist nicht der Fall, wo der Kläger sein Erbrecht hauptsächlich verfolgt, sondern nur das Recht eines zur Erbschaft gehörigen Grundstücks, welches er besitzt, geltend macht. Das in Zweifel gezogene Erbrecht des Klägers macht hier blos einen Incidentpunct aus, und gehört zur legitimatio ad causam, giebt aber keinen Grund ab, die confeßorische Klage für unstatthaft zu halten, und den Kläger zur Erbschaftsklage zu verweisen. Denn der Schluß, wo ein Erbrecht zu erweisen, da ist die Erbschaftsklage anzustellen, gilt eben so wenig, als der, daß jede Klage, bey welcher ein Eigenthum zu beweisen ist, eine Reivindication sey, denn dieser Beweis kann auch bey der actio confessoria als ein Incidentpunct vorkommen [33].

2) Insofern die Erbschaftsklage als eine *actio mixta personalis* betrachtet wird, und daher auch persönliche Leistungen zum Gegenstand hat, geht das Gesuch derselben dahin: daß der Beklagte Rechnung ablege, den Werth der verkauften Sachen, die von den Erbschaftsschuldnern beygetriebenen Kapitalien, nicht minder alle gezogene und vernachläßigte Früchte restituire, und die verursachten Schäden ersetze [34].

Um

33) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XIII. §. 44.

34) *L. 25. §. 18. D. h. t.*

Um den Zweck der Klage zu realisiren, kann von dem Beklagten auch die Herausgabe des Inventariums, oder einer eidlichen Specification verlangt werden [35].

§. 567.

Unterschied zwischen einem *bonae* und *malae fidei possessor* bey der Erbschaftsklage. In wieweit wird der b. f. possessor durch die Anstellung der Klage wider ihn in einen unredlichen Besitzer verwandelt?

Bey der Restitution der Erbschaft ist nun der Unterschied sehr wichtig, ob der Beklagte ein *bonae* oder *malae fidei* possessor ist. Unter der *bona fides* versteht man überhaupt die Meinung von der Rechtmäßigkeit unserer Handlung. Eine entgegengesetzte Ueberzeugung hingegen, oder das Bewußtseyn, daß man etwas nicht mit Recht thue, wird *mala fides* genennt. Diese schließt also ihrer Natur nach einen Dolus in sich [36]. Insofern hingegen Jemand in bona fide ist, trifft ihn kein Vorwurf eines Dolus [37]. Eine solche bona oder mala fides läßt sich nun bey allen menschlichen Handlungen annehmen, in sofern wir sie im Verhältniß zu den Gesetzen, und unserer Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit derselben betrachten. So sagt z. B. Paulus [38]), si *bona fide* exactum fuerit iuramentum. Wendet

35) STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 5. und *Car. Fried.* WALCH Diss. de iurata specificatione loco inventarii exhibita. *Ienae* 1790.

36) *L.* 25. §. 7. *D. h. t.*

37) *L.* 25. §. 6. *D. h. t.*

38) *L.* 30. §. 3. *D. de iureiur.* *L.* 7. §. 8. *D. de minorib.*

Wendet man diese Begriffe auf den Besitz an, so wird derjenige ein *bonae fidei possessor* genennt, welcher seinen Besitz für rechtlich hält [39]), derjenige hingegen ein *malae fidei possessor*, welcher weiß, daß er kein Recht habe, die Sache zu besitzen, welche er sich gleichwohl, als die seinige, anmaßt [40]). Wer also aus rechtlichen Gründen glaubt, daß die Erbschaft ihm wirklich zugehöre, die er als die seinige besitzt, und nicht weiß, daß einem andern ein vorzügliches Recht daran zustehe, heißt hier bey der Erbschaftsklage ein *bonae fidei possessor* [41]). Es kommt nichts darauf an, ob dabey ein error iuris oder facti zum Grunde liegt. Auch der error iuris schadet nichts, insofern bloß, wie hier, von der Restitution der Sache, und Abwendung eines Schadens die Rede ist [42]). Nur dann kommt der error iuris Niemanden zu statten, sondern wird einer malae fidei gleich geachtet, wenn davon die Rede ist, daß man etwas ge-

39) *L. 109. D. de verb. signif.* Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse: aut putavit eum, qui vendidit, ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse. Add. *L. 137. D. de reg. iur.*

40) *L. 20. §. 6. D. h. t.* sagt: Qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent.

41) *L. 38. D. de usurpat. et usucap.* Vid. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. II. Tract. XXVIII. Qu. 7. et 8. et Lib. III. Tract. XXII. Qu. 7. — 10. *Hieron. de* OROZ de apicibus iur civ. Lib. IV. cap. 6. *Christph. Christ.* HASSE Diss. de litis contestatione, an et quatenus bonae fidei possessor per eam in mala fide constituatur. *Goett.* 1780. §. 2.

42) *L. 8. D. de iuris et facti ignor.* de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. et ad *Eundem.* EMMINGHAUS not. w. et x.

gewinnen will, oder ein Recht zu erwerben sucht, wie z. B. bey der Usucapion der Fall ist [43]). Diesem gemäß sagt nun Ulpian [44]): *Scire ad se non pertinere*, utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is, *qui in iure erravit*; putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat; vel cum eum alius praecederet adgnatus, sibi potius deferri? Et non puto, *hunc esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in iure erret*.

Der malae fidei possessor hat entweder einen Rechtstitel für sich, z. E. er hat wissentlich eine fremde Erbschaft von dem Nichterben gekauft; oder nicht. In dem letztern Falle wird er *praedo* genennt. Ulpian [54]) bestätiget diesen Unterschied, wenn er sagt: Quod autem ait Senatus: *eos, qui bona invasissent*, loquitur de *praedonibus*, id est, de his, qui, cum scirent, ad se non pertinere hereditatem, invaserunt bona; scilicet, *cum nullam causam haberent possidendi*; und an einem andern Orte [46]) sagt eben dieser Jurist: Pro possessore possidet *praedo*, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, *quia possideo*, nec ullam *causam possessionis* possit dicere, et ideo *fur* et *raptor* petitione hereditatis tenentur,

43) *L. 7. D. de iur. et facti ignor. Io. Frid. Wilh.* SCHLEGEL Diss. de discrimine inter possessionem bonae et malae fidei, eiusque effectu civili sec. iuris Rom. principia. *Havniae* 1790. 8. Sect. I. §. 5. et B. BRANCHU Observat. ad ius Rom. Decad. I. in Addend. pag. 227. seqq.

44) L. 25. §. 6. *D. h. t.*

45) *L.* 25. §. 3. *D. h. t.*

46) *L.* 11. §. 1. *L.* 12. *L.* 13. *pr. D. h. t.*

tur. Hingegen lehrt eben dieser Ulpian [47]): Nemo *praedo* est, *qui pretium numeravit*. Jedoch wird auch nicht selten das Wort *praedo* für einen jeden unredlichen Besitzer genommen, und dem Besitzer in gutem Glauben entgegen gesetzt [48]).

Ein malae fidei possessor kann nun entweder gleich Anfangs ein solcher seyn, oder in der Folge durch den Proceß ein solcher werden. Hierher gehören folgende Stellen der Pandecten.

1) *L.* 20. §. 11. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: Ex quo quis scit a se peti, incipit esse malae fidei possessor, id est, *cum primum aut denuntiatum esset*. Quid ergo, si scit quidem, nemo autem ei denunciavit? an incipiat usuras debere pecuniae redactae? Et puto debere: *coepit enim malae fidei possessor esse*.

2) *L.* 25. §. 7. *D. eodem*. Si ante litem contestatam, inquit (sc. Senatusconsultum), fecerint. Hoc ideo adiectum, setzt Ulpian zur Erläuterung hinzu, quoniam *post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse*: quinimo *post controversiam motam*. Quanquam enim litis contestatae mentio fiat in Senatusconsulto, tamen et *post motam controversiam* omnes possessores pares fiunt, et quasi *praedones* tenentur. Et hoc

 iure

47) *L.* 13. §. 8. *D. h. t.* *L.* 126. *D. de Reg. iur.* diesen ist *L.* 5. *D. de acquir. vel amitt. poss.* nicht entgegen. Man sehe WALCH ad ECKHARDI Hermenevtic. iuris Lib. I. § 206. pag. 381 sq.

48) *L.* 31. §. 3. *L.* 38. *L.* 39. §. 1. *L.* 40. *pr.* *L.* 46. *D. h. t.* §. 2. *I. de Officio iud.*

iure hodie utimur: coepit enim ſcire, rem ad ſe non pertinentem poſſidere ſe is, qui interpellatur. Qui vero praedo eſt, et ante litem conteſtatam doli nomine tenebitur.

3) *L.* 31. §. 3. *D. h. t.* Bonae fidei poſſeſſor, quia quaſi ſuam rem neglexit, nulli querelae ſubiectus eſt ante petitam hereditatem; *poſtea vero et ipſe praedo eſt.*

4) *L.* 40. *D. eodem.* Hier ſagt Paulus: Illud quoque, quod in Oratione Divi *Hadriani* eſt, *ut poſt acceptum iudicium id actori praeſtetur, quod habiturus eſſet, ſi eo tempore, quo petit, reſtituta eſſet hereditas*, interdum durum eſt: quid enim, ſi poſt litem conteſtatam mancipia aut jumenta, aut pecora deperierint? damnari debebit ſecundum verba Orationis: quia potuit petitor, reſtituta hereditate, diſtraxiſſe ea. Et hoc iuſtum eſſe in ſpecialibus petitionibus *Proculo* placet. *Caſſius* contra ſenſit. In praedonis perſona *Proculus* recte exiſtimat: in bonae fidei poſſeſſoribus *Caſſius*. Nec enim debet poſſeſſor aut mortalitatem praeſtare, aut propter metum huius periculi temere indefenſum ius ſuum relinquere.

Mit Recht wird hier jeder Nachdenkende fragen, wie man ſich das erklären ſolle, wenn in den angeführten Geſetzſtellen geſagt wird, daß durch die Entſtehung des Prozeſſes der vorher redliche Beſitzer in einen unredlichen verwandelt werde? Wie ſoll das bloße Anſtellen einer Klage, und die Rechtsvertheidigung des Beklagten in dieſem ein Bewußtſeyn hervorbringen, daß dem Kläger an der in Anſpruch ge-

nom-

nommenen Erbschaft ein Recht zukomme, da ja der Fall nicht selten ist, daß erst durch das Beweisverfahren der Kläger sein Recht darzuthun vermag? Träte die mala fides erst vom Moment der wirklichen Litiscontestation ein, so könnte man allenfalls einen Grund in der Uebereinkunft der Partheyen finden, daß die in Anspruch genommene Sache in dem Zustande gelassen werden solle, in welchem sie sich zur Zeit der Litiscontestation befand [49]). Allein **Ulpian** rechnet ja den Anfang der mala fides des Beklagten sogar auf die Zeit zurück, da derselbe von der wider ihn erhobenen Klage die erste Wissenschaft erhielt, und führt den Grund an [50]), *coepit enim scire, rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur.* Dies scheint der Vernunft unerklärbar zu seyn. **Cornelius van Bynkershök** [51]) glaubt daher, **Ulpians** Regel müsse aus der römischen Prozeßordnung erklärt werden, nach welcher der Kläger dem Beklagten noch vor der Litiscontestation gleich bey der Edition der Klage diejenigen Urkunden und Beweise mittheilen mußte, deren er sich künftig beym Judex Pedaneus bedienen wollte, um den Beklagten dadurch in den Stand zu setzen, bey sich zu überlegen, ob er mit dem Kläger streiten oder lieber nachgeben wolle [52]). *Si me audias,* sagt daher dieser berühmte Holländer, *sola editio instrumentorum,*

49) *L. 2. D. de Usur. et fruct.* S. dieses Commentars 6. Th. §. 503. S. 199. folg.

50) *L. 25. §. 7. D. h. t.*

51) Observation. iuris Rom. Tom. II. Lib. VIII. cap. 12. pag. 320. (edit. *Heineccianae* Francof. et Lipsiae 1739. 4.)

52) *L. 1. §. 3. D. de edendo.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 286. S. 34.

torum, ante litem contestatam, in causa fuit, cur vulgo apud Romanos post litem contestatam bonae fidei possessor conditionem mutaverit. Fügte nun der Kläger in einem gegebenen Falle die Beweise nicht gleich der Klage bey, oder die Beweise waren nicht so beschaffen, daß sie den Beklagten sofort von der Rechtmäßigkeit des klägerischen Anspruchs vollkommen überzeugten; es ließen sich noch immer nicht unerhebliche Einwendungen dagegen machen; so daure die bona fides des Besitzers auch noch während des Prozesses fort; denn seine Vertheidigung sey gerecht. *Non enim videtur moram facere, qui sine dolo malo ad iudicium provocat* [53]). Hieraus lasse sich nun auch erklären, wenn Paulus [54]) sagt, der bonae fidei possessor dürfe nicht für den Zufall haften, wenn auch während des Prozesses Sachen der Erbschaft ohne seine Schuld zu Grunde gegangen wären, und zwar aus dem höchst billigen Grunde: *nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere.* Eben hieraus erkläre sich ferner, wenn derselbe Paulus an einem andern Orte [55]) sage, daß man, um zu beurtheilen, ob und wie weit der bonae fidei possessor durch die Erbschaft bereichert sey, auf das *tempus rei iudicatae* sehen müsse; und es sey nun gar kein Grund vorhanden, mit **Hugo Donellus** in dieser letzten Stelle eine fehlerhafte Leseart anzunehmen, oder das nothgedrungene Geständniß abzulegen, PAULO *vel* TRIBONIANO *in relatione huius sententiae somnum obrepsisse.* Das Resultat dieser Bynkers-

53) *L. 63. D. de Reg. iuris.*

54) *L. 40. D. h. t.*

55) *L. 36. §. 4. D. h. t.*

kershöfischen Meinung ist zuletzt in den Worten zusammengefaßt: „Ex his intelligimus, sagt er, regulam iuris Romani, *omnes possessores post litem contestatam fieri praedones*, esse scriptam de eo, quod accidit ἐπὶ τὸ πλεῖστον, ut solent leges scribi *L.* 3. *L.* 4. *L.* 5. *et L.* 6. *D. de LL.* Plerumque verum est, edita actione, editisque instrumentis, reum scire posse, se rem alienam possidere. Si non possit, et bona fide litem contestetur, bonae fidei possessor manet ad usque rem iudicatam, ut est in *L.* 40. *pr. et L.* 36. §. 4. *D. de heredit petit.* Unde ULPIANUS in d. *L.* 25. §. 7. *D. eodem.* non dixit, eum, qui interpellatur, debuisse scire, sed *coepisse scire*, rem ad se non pertinere. Quare, si non coeperit scire, contra dicendum est. Bona fides sic manet, donec iudex reum constituat in fide mala et in mora, tenetur enim obtemperare sententiae, sive aeque sive inique, nam Praetor ius reddere dicitur, etiam cum inique decernit."

Auch Leyser[56]), Brokes[57]) und Hellfeld läugnen, daß durch die Erhebung des Rechtsstreits der Beklagte in einen unredlichen Besitzer umgeschaffen werde, und wollen Ulpians Regel nur unter der Einschränkung annehmen, wenn der Beklagte durch des Klägers beygebrachte Beweise die Ueberzeugung erhalten hat, daß ihm die innehabende Sache nicht gehöre.

56) Meditat. ad Pand. Specim. LXXXIII. medit. 5. Specim. XCIX. medit. 6.

57) Diss. de litis contestatione malam fidem non inferente. *Vitembergae* 1736. et in Observat select. Obs. 9.

Sollte sich denn aber die Regel: *post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse: quinimo post controversiam motam*, nicht schon nach Vernunftgründen vertheidigen lassen? Oder sollte es, wie Leyser behaupt'tet, wirklich gegen Vernunft und Billigkeit streiten, wenn jener Regel zu Folge, ohne Voraussetzung beygebrachter rechtlicher Beweise von Seiten des Klägers, der Beklagte sogleich von der Zeit an, da er von der wider ihn erhobenen Klage die erste Wissenschaft erhielt, einem malae fidei possessor gleichgehalten werden soll? Es ist nicht zu läugnen, daß wenn man jene Regel im buchstäblichen Verstande nehmen, und behaupten wollte, daß von Zeit des entstandenen Prozesses an zwischen einem redlichen Besitzer und einem andern malae fidei possessor gar kein Unterschied Statt finde, hieraus die größte Unbilligkeit entstehen würde. Daß dieses aber auch keinesweges die Meinung der Gesetze sey, erhellet aus der oben angeführten *L.* 40. *pr. D. h. t.* ganz klar, wo Paulus den Beklagten von der Verbindlichkeit losspricht, für den Zufall zu haften. Zwar sieht man aus dem Vortrag dieses Rechtsgelehrten, daß einige römische Rechtsgelehrten wirklich den Satz, daß die Litiscontestation den redlichen Besitzer in einen unredlichen verwandle, buchstäblich aufstellen, und den Beklagten zur Leistung alles dessen verbinden wollten, was der Kläger gehabt hätte, wenn ihm die Erbschaft zu der Zeit, da sie der Kläger in Anspruch nahm, sogleich wäre restituirt worden. Allein Paulus fand dieses wenigstens in dem Falle sehr hart, wenn Sachen während des Prozesses durch Zufall zu Grunde gegangen wären, und der redliche Besitzer, einem unredlichen gleich, dafür haften sollte. Durch solche übermäßig harte Folgen sollte Niemand von der Vertheidigung

seines

seines Rechts abgeschreckt werden, und die Vortheile des Besitzes verlieren. Es ist also soviel außer Zweifel, daß in Absicht auf die Prästation der Unglücksfälle der in Anspruch genommene bonae fidei possessor auch noch nach beantworteter Klage unverändert ein solcher bleibe, wenn die Sache bey ihm, ohne sein Verschulden zu Grunde geht. Für diese haftet er auch während des Prozesses nicht, wenn gleich die Fortsetzung desselben dazu Veranlassung gegeben hätte, und der Schade bey dem Erben selbst nicht geschehen wäre [58]). Es kommt nun alles noch darauf an, näher zu bestimmen, wie weit sich die Wirkungen der malae fidei erstrecken, welche durch die wider den Besitzer erhobene Klage nach Vorschrift der Gesetze entstehen? Dann wird es der Vernunft nicht an Gründen fehlen, die Verordnung der eben angeführten römischen Gesetze vollkommen zu rechtfertigen, ohne mit Bynkershök nöthig zu haben, den Grund so mühsam in der römischen Prozeßordnung aufzusuchen. Man merke also zuvörderst den Grundsatz, blos in Absicht auf Dolus und Kulpa wird der redliche Besitzer von der Zeit an, da er von der wider ihn erhobenen Klage legale Wissenschaft erhielt, einem malae fidei possessor gleich geachtet, dergestalt daß er nicht nur

1) für allen positiven Schaden haften muß, den er mit Vorsatz, oder durch die geringste Schuld verursacht hat [59]); sondern auch

 2) allen

58) *L. 16. pr. et §. 1. D. de Rei vind. L. 40. pr. D. h. t.*

59) *L. 31. §. 3. D. h. t. L. 45. D. de rei vindicat. L. 4. §. 2. D. fin. regundor.*

2) allen entgangenen Gewinn, und also auch die fructus percipiendos, dem Kläger ersetzen muß, insofern solche der Beklagte mit Anwendung seines möglichsten Fleißes hätte gewinnen können [60]).

Es versteht sich, daß diese Wirkungen der malae fidei nur dann zur Sprache kommen, wenn der Beklagte im Rechtsstreite unterliegt, und der Ausgang des Prozesses gelehrt hat, daß das Recht nicht auf des Beklagten Seite war. Sobald nun Jemand über eine Sache in Anspruch genommen wird, so ist es ganz natürlich, daß er von der Zeit an nicht mehr diejenige vollkommene Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit seines Besitzes behalte, die er vorher hatte [61]). Denn er muß sich nun den Fall als möglich denken, daß der Kläger ein Recht auf die Sache habe, und daß derselbe, wenn er auch seinen Anspruch noch zur Zeit nicht erwiesen hat, doch sein Recht vielleicht noch in der Folge ausführen werde. Er muß demnach die Sache als eine bedingt fremde Sache betrachten, und, weil aller Ausgang des Prozeßes ungewiß ist, sich als einen solchen Besitzer ansehen, der vielleicht die Sache, die er bisher in gutem Glauben für die seinige hielt, dem Kläger resti-

60) *L.* 1. §. 1. *C. h. t. L.* 22. *Cod. de rei vindicat.* §. 2. *I. de offic. iudic.*

61) Sehr treffend sagt K. Constantin in der *L.* 10. *C. de acquir. vel retin. poss.* Nemo ambigit, possessionem ita demum esse legitimam, cum omnium adversariorum silentio et taciturnitate firmatur: *interpellatione* vero et *controversia progressa*. non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, *tamen ex interposita contestatione, et causa in iudicium deducta, super iure possessionis vacillet et dubitet.*

restituiren muß. Wer wird es nun also noch unbillig finden, wenn er von jetzt an auch auf sie einen höhern Grad von Fleiß verwenden muß, als da, wo er noch unangefochten über die Sache, als sein vermeintliches unbeschränktes Eigenthum, schalten konnte? Wer wird es nicht vielmehr für ganz vernünftig halten, daß der Besitzer von jetzt an seine Wirthschaft darnach einrichte, daß ihm, wenn er allenfalls zur Herausgabe der Erbschaft condemnirt wird, keine verantwortliche Schuld zur Last falle? Mit dem besten Grunde konnten ihm also die Gesetze einem unredlichen Besitzer gleich, zu jedem Ersatz verpflichten, woran sein Dolus oder Culpa Schuld hatte, wenn nämlich jene Bedingung eintritt, und der Beklagte unterliegt [62]).

Noch ist zu bemerken, daß ein bonae fidei possessor zuweilen auch noch vor dem Anfange des Prozesses ein wirklicher malae fidei possessor werden kann, wenn er von des Klägers an der Erbschaft habenden gerechten Ansprüchen, die er anfänglich nicht kannte, nach der Zeit, und ehe noch der Prozeß angegangen ist, überführt worden, und ihm dennoch die Erbschaft vorenthalten hat. Dieser wird ganz nach den Grundsätzen eines malae fidei possessoris beurtheilt. Von diesem Falle redet Ulpian [63]), wenn er sagt: De eo autem loquitur Senatus, qui ab initio mente prae-

62) S. *Barthol.* CHESII Interpretat. iuris (*Liburni* 1657. f.) Lib. II. cap. 23. nr. 30. pag. 119. *Christoph. Christ.* HASSE Diss. cit. §. 14. seqq. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen § 987. Not. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1676. und vorzüglich Gönner im Handbuch des deutschen gemeinen Prozeßes 2. Band Nr. XXXV. S. 213. ff.

63) *L. 25. §. 5. D. h. t.*

praedonis res hereditarias apprehendit. Quodsi ab initio quidem iustam causam habuit adipiscendae possessionis, postea vero conscius, ad se nihil hereditatem pertinere praedonio more versari caepit, nihil Senatus loqui videtur. Puto tamen et ad eum mentem Senatusconsulti pertinere. Parvi enim refert, ab initio quis dolose in hereditate sit versatus, an postea hoc facere coepit.

Aus allem erhellet nun also soviel, daß der redliche Besitzer auf zweyerley Art in eine malam fidem versetzt werden kann.

1) *Naturaliter*, wenn er in der Folge die völlige Ueberzeugung erhalten hat, daß die Sache, die er bisher für die seinige gehalten, ihm wirklich nicht zugehöre, sondern eine fremde Sache sey. Dies ist der Fall, wenn der wahre Erbe oder Eigenthümer die Sache von demjenigen, welcher sie bisher bona fide besaß, außergerichtlich abgefordert, oder gerichtlich eingeklagt, und die Rechtmäßigkeit seines Anspruchs sogleich durch solche Beweise dargethan hat, welche den Besitzer von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes überzeugten.

2) *Civiliter*, wenn er zwar noch zur Zeit von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes nicht überzeugt worden ist, aber doch von der Zeit an, da er legale Wissenschaft von der wider ihn angestellten Klage erhalten hat, d. i. da ihm die Klage ad excipiendum ist mitgetheilt worden, vermöge der Verordnung der Gesetze in Rücksicht gewisser rechtlicher Wirkungen einem malae fidei possessori gleichgeachtet wird, nämlich in sofern, daß, wenn

er

er zur Restitution verurtheilt wird, er nun, wie ein Verwalter fremder Güter, Rechnung ablegen, und für jedes imputables Versehen haften muß [64]). In jeder anderer Rücksicht bleibt er ein bonae fidei possessor auch während des Prozesses.

§. 568. u. 569.

Unterschied zwischen dem b. und m. f. possessor, I) in Absicht auf die Restitution der zur Erbschaft gehörigen Sachen selbst.

Die hereditatis petitio geht nun also dahin, daß der Beklagte die Erbschaft nach einem Inventarium oder einer eidlichen Specification sammt allem, was dazu gehört, restituire. Die zur Erbschaft gehörigen Sachen sind nun entweder noch in Natur und unbeschädigt vorhanden, oder nicht. Im ersten Falle restituirt sie der bonae fidei possessor, wie der unredliche Besitzer, ohne Unterschied. In dem letzten Falle hingegen kommt es darauf an,

I. ob Sachen beschädiget oder ganz zu Grunde gegangen sind. Ist hier der Besitzer

1) ein bonae fidei possessor, und der Schade noch vor entstandenem Prozeße geschehen, so darf er nichts vergüten. Denn die bona fides berechtigte ihn, mit der Sache so zu schalten, als wenn sie wirklich sein Eigenthum wäre [65]). Es findet also auch keine Zurechnung einer Kulpa Statt.

64) Man sehe hier noch Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 933. und SCHLEGEL Diss. de discrimine inter possessionem b. et m. fidei. Cap III. §. 35.

65) *L. 136. D. de div. reg. iuris.* Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.

Statt. Mit Recht sagt daher Ulpian[66]; *quia quasi suam rem neglexit*, nulli querelae subiectus est *ante petitam hereditatem*. Ist hingegen der Schade erst während des Prozesses geschehen, so muß ihn der b. f. possessor ersetzen, wenn er auch durch das geringste Versehen geschehen wäre. Ulpian sagt: *Postea* vero et ipse *praedo* est[67]. Wenn aber erbschaftliche Sachen durch einen Unglücksfall verlohren gegangen sind, so kommt es darauf an, ob der vorher redliche Besitzer sogleich naturaliter durch die beygebrachten Beweise des Klägers in malam fidem versetzt worden ist, oder blos civiliter. Im ersten Falle muß er für den Schaden haften, sofern die Fortsetzung des Besitzes daran schuld ist; in dem letzten Falle hingegen ersetzt er nichts[68]. Daher wird in Rücksicht dessen, was durch Unglücksfälle von der Erbschaft verlohren gegangen ist, auf die Zeit der Verurtheilung gesehen[69].

2) Der gleich Anfangs unredliche Besitzer hingegen muß nicht nur jeden Schaden ersetzen, den er mit Vorsatz oder durch irgend ein Versehen verursacht hat[70]; sondern er haftet auch für die Unglücksfälle; jedoch mit dem Unterschiede,

66) *L. 31. §. 3. D. h. t.*

67) *L. 31. cit. L. 45. D. de Rei vindicat. L. 4. §. 2. D. fin. regundor.*

68) *L. 40. pr. D. h. t. L. 16. pr. D. de Rei vindicat.* HASSE cit. Diss. §. 20. Westphal System des Röm. Rechts von den Arten der Sachen §. 934.

69) *L. 36. §. 4. D. h. t.* Westphals Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente §. 450.

70) *L. 25. §. 2. D. h. t.*

schiede, daß der praedo im eigentlichen Verstande, der gar keinen Rechtstitel für sich hat, unbedingt [71]), ein anderer malae fidei possessor aber nur insofern verurtheilt werden kann, als der Zufall die Sache bey dem Kläger nicht betroffen haben würde [72]), welches dem Kläger zu beweisen obliegt [73]). Der Unterschied, den einige Rechtsgelehrten [74]) noch bey dem m. f. possessore simplici machen wollen, ob der Unglücksfall sich vor entstandenem Prozesse oder erst während demselben ereignet hat, ist in den Gesetzen nicht gegründet, und wird daher von andern um so mehr verworfen, weil der Beklagte, welcher gleich von Anfang seines Besitzes an in mala fide ist, sich auch schon vor dem Prozeß ohne Zweifel in mora befindet [75]).

II. Sind Erbschaftssachen veräußert, oder consumirt, so ist wieder zu unterscheiden.

1) Ist

71) *L.* 40. *D. h. t.* *L.* 7. §. *fin. D. de cond. furt.* *L.* 1. §. 34. *L.* 19. *D. de vi.* *L.* 2. *Cod. de cond. furtiva.* de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 19. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1679. MALBLANC Dig. T. II. h. t. §. 379.

72) *L.* 20. §. *fin. D. h. t.* *L.* 15. §. *ult. D. de Rei vindicat.* Vergleicht man beyde Stellen mit einander, so kann wohl die *L.* 20. §. *fin.* anders nicht als hypothetisch verstanden werden, nämlich wenn der Kläger Gelegenheit gehabt hätte, die Sache zu veräußern. S. IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 36. und Westphal System des R. R. von den Arten der Sachen §. 929.

73) COCCEJI. c. l. HOFACKER c. l. §. 1677. in fin.

75) WERNHER Observat. for. T. I. P. IV. Obs. 214. nr. 127. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Digest. h. t. §. 31. MALBLANC Digest. h. t. §. 379. HOFACKER c l. §. 1677. et 1679.

1) Ist der Beklagte ein *bonae fidei possessor*, so hat er für das, was schon vor entstandenem Proce nicht mehr da war, nur insoweit, als er durch den Wer oder durch den Genuß reicher geworden ist. Consulu Senatus bonae fidei possessoribus, sagt Ulpian [76], n in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat tenean tur, *in quo locupletiores facti sunt*. Quemcunque igitu sumtum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt, perdiderunt, *dum re sua se abuti putant*, non praestabunt: nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur; quamvis ad remunerandum aliquem naturaliter sibi obligaverunt. Plane si αντιδωρα, id est, remunerationes acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt, velut genus quoddam hoc esset permutationis. Was also der redliche Besitzer vor entstandenem Proceß von der Erbschaft verschwendet und verschenkt hat, ersetzt er nicht, wenn er nicht etwa dafür von dem Beschenkten eine Remuneration erhielt. Hat hingegen der b. f. possessor blos von der Erbschaft *gelebt*, und während der Zeit sein eigenes Vermögen nicht angreifen dürfen; so ist er um soviel bereichert, als er in dieser *Zeit an* dem Seinigen erspart und zurückgelegt hat. Dies muß er also dem Kläger vergüten. Wenn er aber um der Erbschaft willen besser gelebt, und mehr hätte darauf gehen lassen, als er nach seiner vormahligen Art zu wirthschaften, von seinem eigenen Vermögen ausgegeben haben würde, so wird blos darauf gesehen, wie er vorher seine ökonomische Einrichtung zu

76) *L.* 25. §. 11. *D. h. t.* Was dagegen *Bern.* AUTUMNUS in Cens. Gallic. ad h. L. erinnert hat, ist ganz ohne Grund, wie *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. pag. 281. gezeigt hat.

zu machen pflegte. Was er darüber verzehrt hat, ist als Verschwendung anzusehen, welche ihm zu gute geht. Ulpian [77]) sagt: Quod autem quis ex hereditate erogavit, utrum totum decedat, an vero pro rata patrimonii eius? utputa penum hereditarium ebibit, utrum totum hereditati expensum feratur, an aliquid et patrimonio eius: ut in id factus locupletior videatur, quod solebat ipse erogare ante delatam hereditatem? ut si quid lautius contemplatione hereditatis impendit, in hoc non videatur factus locupletior: in statutis vero suis sumtibus [78]) videatur factus locupletior, utique enim et si non tam laute erogasset, aliquid tamen ad victum quotidianum erogasset. Nam et D. *Marcus* in causa Pythodori, qui rogatus erat, quod sibi superfuisset, ex hereditate reddere, decrevit, ea, quae alienata erant, non minuendi fideicommissi [79]), nec pretium in corpus patrimonii Pythodori rediisse: et ex proprio Pythodori patrimonio, et ex hereditate decedere, non tantum ex hereditate [80]). Et nunc igitur statuti sumtus

77) *L.* 26. §. 16. *D. h. t. Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 3. findet hier nichts als Tribonianismen. Man sehe aber dagegen HUBER Eunomia Rom. pag. 283.

78) Statuti sumtus heissen hier nicht, wie Anton Faber meint, nothwendige Ausgaben, sondern gewöhnliche Ausgaben, so wie sie der Beklagte, vor erhaltener Erbschaft, nach der ihm eigenen Art zu wirthschaften, zu machen pflegte. S. Westphals Commentar §. 445.

79) Hier ist das Wort causa zu ergänzen.

80) Das Fideicommiß, was mit der Clausel, wenn etwas von der Erbschaft übrig bleiben wird, war hinterlassen worden, berechtigte vor Justinians Nov. 108. den Fiduciar, die ganze Erbschaft aufzuzehren. Derselbe durfte nur nicht diese Befugniß arglistigerweise, um das Fideicommiß zu vermindern, oder zu unterschlagen, mißbrauchen. Er durfte auch von den Erbschaftssachen nichts in sein Vermögen verwenden. Hat er also Kaufgelder aus veräußerten Erbschaftssachen zu seinem Vermögen geschlagen, oder er hat für das Geld andere Sachen angeschaft, so muß das alles dem Fideicommissar restituirt werden. *L.* 70. *et* 71. *D. de legat. II.* Auch die Ausgaben, die er von der Erb-

sumtus utrum ex hereditate decedent exemplo rescri
ci, an ex solo patrimonio, videndum erit. Et veriu
suo patrimonio decedant ea, quae, etsi non heres fuiss
set [81]). Hat der b. f. possessor Schulden gemacht,
Sachen der Erbschaft zum Pfande gegeben, so muß er
aus seinem Vermögen einlösen, und darf hier der Erbsch
anrechnen. Simili modo, sagt Ulpian [82]) mutuam
accepit, quasi dives se deceperit. *Si tamen pignori res*
rias dedit, videndum, an vel sic attingatur hereditas? (
difficile [83]), cum ipse sit obligatus. Wie aber, wenn
possessor erbschaftliche Sachen noch vor entstandenem Pro
äußert hat, durch deren Werth er zur Zeit der wider ihn an
ten Klage nicht mehr bereichert ist, könnte nicht etwa de
gegen den Käufer die Eigenthumsklage anstellen, sofern
che noch nicht usucapirt hat? Es ist mit Ulpian [84]) ei
ter

Erbschaft bestritten hatte, konnten nach den Gesetzen der Pand
nicht bloß von der Erbschaft abgerechnet werden, sondern hatt
Fiduciar ein eigenes Vermögen, so mußten sie nach dem Verhä
desselben repartirt werden. Z. B. wenn das Vermögen 2000,
Erbschaft 1000 betrug, und der Fiduciar 600 verzehrt hatte, so m
er 400 auf jenes, und 200 auf diese rechnen. *L.* 3. §. 2. *D. de U*
L. 54. *D ad SCtum Trebell.* Nach der Nov. 108. fällt alles d
weg, vermöge welcher der Erbe über drey Viertel der Erbschaft fr
dispeniren kann. S. *Io. Aug.* REICHARDT Diss. de fideicommi
eius, quod superfuturum erit. *Ienae* 1785.

81) Das Rescript des K. Marcus redet zwar von einem ganz ander Falle, als von welchem Ulpian handelt; und insoweit hat Faber gar nicht Unrecht. Allein Ulpian will auch daraus kein Argument hernehmen; sondern es ist gleichsam nur ein Problem, ob nicht etwa die Analogie jenes Rescripts hier eintrete, welches nun aber Ulpian ausdrücklich läugnet. S. HUBER Eunom. Rom. pag. 284.

82) *L.* 25. §. 13. *et* 14. *D. h. t.*

83) *Quod est difficile* heißt hier soviel, als: quod est negandum. S. Westphals angef. Commentar. §. 448.

84) *L.* 25. §. 17. *D. h. t.*

terschied zu machen, ob der Käufer gegen den Verkäufer den Regreß nehmen kann, oder nicht; in dem ersten Falle hat die Klage nicht Statt, wohl aber in dem letztern. Puto posse res vindicari, sagt er, *nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent.*

Was nun hingegen der b. f. possessor während des Prozesses veräußert, verschwendet, oder aufgezehrt hat, das muß er, einem malae fidei possessor gleich, ersetzen, er mag dadurch bereichert seyn, oder nicht, sofern ihm nämlich eine Schuld beygemessen werden kann, daß er nicht bereichert ist [85]. Denn gleich von Zeit der erhobenen Klage an, ist ihm alle Veräußerung verboten, wenn auch noch nicht lis contestirt worden ist [86], wofern er nicht etwa den Kläger durch Bürgschaft, die Jemand für ihn leistet, sicherstellt, oder ihm die Veräußerung in solchen Fällen, wo es die Nothwendigkeit, oder der Nutzen der Erbschaft erfordert, von dem Richter erlaubt wird [87]. Da durch jene Kaution der Erbe wegen des Werths der ganzen Erbschaft auf jeden Veräußerungsfall sicher gestellt wird, so kann man sich daraus

85) *L.* 20. §. 6. *et* 16. *D. eod.* Westphal im angef. Commentar §. 411.

86) *Ant.* FABER in Rational. ad L. 5. D. h. t. *Franc. de* AMAYA Observation. iuris Lib. III. cap. 2. nr. 36.

87) *L.* 5. *pr. D. h. t.* Divus *Pius* rescripsit, prohibendum possessorem hereditatis, de qua controversia erit antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere: *nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis, vel rerum eius restitutione satisdare.* Causa enim cognita, et si non talis data sit satisdatio, sed solita cautio etiam post litem coeptam, deminutionem se concessurum, Praetor edixit: ne in totum deminutio impedita in aliquo etiam utilitates aliquas impediat: utputa si ad funus sit aliquid necessarium. (Nam funeris gratia deminutionem permittit.) Item si futurum est, ut, nisi pecunia intra diem solvatur, pignus distrahatur. Sed et propter familiae cibaria necessaria erit deminutio. Sed et res tempore perituras permittere debet Praetor distrahere.

erklären, wenn Javolen [88]) sagt: In aestimationibus hereditatis ita venit pretium venditae hereditatis, ut id quodque accedat, quod plus fuit in hereditate, si ea *negotiationis causa venüt*. Sin autem ex *fideicommissi causa*, nihil amplius. quam quod bona fide accedit. Ich bin hier mit Anton Faber [89]), den Westphal [90]), wie mir dünkt, ganz ohne Grund tadelt, vollkommen überzeugt, daß in dieser Stelle von freywilligen Veräußerungen erbschaftlicher Sachen die Rede sey, welche der b. f. possessor nach entstandenem Prozeße unternommen hat. Denn wegen dessen, was derselbe vor dem Prozeß veräußert hat, ersetzt er nie mehr, als er erhalten hat, und dieß ist auch denn der Fall, wenn ihn der Testirer selbst gebeten hat, die Erbschaft *gegen* Empfang eines gewissen Werths, einem andern, als ein Fideicommiß, abzutreten. Veräußert er hingegen während des Prozeßes freywillig, wie Jensius [91]) das *negotiationis causa* versteht, so haftet er, seiner Caution zu Folge, für den wahren Werth, wenn er gleich weniger dafür gelöset hätte. Es ist also gar nicht nöthig hier eine besondere Meinung des Javolens mit Westphal anzunehmen.

Hat der Besitzer eine Sache, welche er von der Erbschaft verkauft hatte, nachher wieder erhalten; er hat sie z. B. in der Folge wohlfeiler zurück erkauft [92]), so entsteht die Frage, ob der Kläger die Wahl habe, die Sache selbst oder deren Werth zu for-

88) *L.* 48. *D. h. t.*

89) Rational. ad L. 48. D. cit.

90) Im angef. Commentar §. 421.

91) Strictur. ad Rom. iur. Pandect. pag. 38.

92) *L.* 22. *D. h. t.* sagt: Si et rem et pretium habeat b. f. possessor, puta quod eandem rem emerit. Die Basilica Tom. V. pag. 551. lesen hier besser ἀνταγοράσας d. i. redemerit, statt rem emerit, und *Io.* LEUNCLAVIUS Notator. lib. II. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 1508.) bemerkt, daß diese Leseart auch in einigen Manuscripten der Pandecten vorkomme.

fordern? Bey einem malae fidei possessore ist es keinem Zweifel unterworfen, theils daß der Kläger die Wahl habe, entweder die Sache selbst oder den ganzen Werth derselben zu fordern: theils, wenn er die Sache selbst fordert, den Gewinn, den der Beklagte bey dem Verkauf und nachmahligen Wiederkauf der Sache gemacht hat, verlangen könne. Allein ist der Beklagte ein bonae fidei possessor, so hat dieser die Wahl, ob er die Sache, oder den empfangenen Werth zurückgeben wolle. Da aber doch der b. f. possessor von dem Verkauf der Sachen keinen Gewinn behalten soll, so muß er, wenn er das erste wählt, auch den Ueberschuß des empfangenen Werths zurückgeben [93]. Ob nun also und wieweit der b. f. possessor bereichert sey, ergiebt sich freylich aus den Umständen zur Zeit der erhobenen Klage. Da indessen der b. f. possessor für keine Unglücksfälle haftet, so läßt sich daraus erklären, wenn die Gesetze sagen, daß in Absicht auf die Bereicherung desselben auf die Zeit der Verurtheilung zu sehen sey [94].

2) Ist hingegen der Beklagte ein malae fidei possessor, so kommt es darauf an, ob die Veräußerung für die Erbschaft nöthig oder nützlich war. Z. B. er hat unnütze Sachen verkauft, die die Erbmasse nur belästigten, oder welche mit der Zeit verdorben wären, oder die Veräußerung war nöthig, um dringende Erbschaftsschulden davon zu bezahlen. In diesem Falle kann von dem Besitzer nur der wahre, oder der empfangene höhere Werth gefordert werden, wenn gleich die Sache noch bey dem Käufer vorhanden wäre. Ist hingegen die Veräußerung ohne alle Ursache geschehen, so ist entweder die Sache noch bey dem Käufer, und zwar unverletzt, vorhanden, oder nicht. In dem ersten Falle hat

93) *L. 22. D. h. t.* — Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione eius rei lucratus est. S. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 183. seq. HUBER Eunom. Rom. pag. 277. seq. und HOFACKER Princip. iur civ. Tom. II. §. 1678.

94) *L. 40. pr. D. h. t. L. 36. §. 4. D. eodem.* S. POTHIER Pand. Iustin. T. I. h. t. nr. XLIII. not. b. und Westphals Commentar §. 449. u. 450.

hat der Kläger die Wahl, ob er die Sache mit den Früchten, oder den Werth mit den Zinsen fordern will. Kann der Beklagte die veräußerte Sache in Natur nicht wieder schaffen, so braucht sich der Kläger nicht mit dem Werthe zu begnügen, den der Beklagte dafür empfangen hat, sondern er kann den Werth mittelst Eides bestimmen. In dem letzten Falle hingegen, wenn die veräußerte Sache bey dem Käufer verunglückt ist, könnte man vielleicht denken, die Klage falle nun weg, wenn die Sache auch bey ihm auf die nämliche Art zu Grunde gegangen seyn würde; weil derjenige, welcher dolo zu besitzen aufgehört hat, eben so verurtheilt werden soll, als ob er noch im Besitz wäre. Hätte er nun aber nicht veräußert, so würde ihn der Unglücksfall von der *Restitution* der Sache und deren Werths befreyet haben. Allein dann würde ja der malae fidei possessor dabey gewinnen. Der Kläger kann also wenigstens den wahren Werth verlangen, *weil* er, wenn er die Sache gehabt hätte, solche hätte verkaufen können. Wäre die Sache über ihren wahren Werth verkauft worden, so muß der malae fidei possessor auch diesen Gewinn dem Kläger herausgeben. Auf diese Art, glaube ich, lassen sich die hierüber sprechenden Stellen der Pandecten mit einander füglich vereinigen, welche folgendermaßen lauten:

L. 20. §. 2. *D. h. t.* Simili modo etsi fundum hereditarium distraxit, si quidem *sine causa*, et ipsum fundum et fructus in hereditatis petitionem venire. Quodsi *aeris exsolvendi gratia hereditarii* id fecit; non amplius venire, quam pretium.

L. 53. *D. eodem.* Non solum ad aes alienum hereditarium exsolvendum necessaria alienatio possessori est, sed et si impensae necessariae in rem hereditariam factae sunt a possessore, vel si mora periturae deterioresve futurae erant.

L. 20. §. 12. *D. eod.* Haec adversus bonae fidei possessores. Nam ita Senatus locutus est: *eos, qui se heredes existimassent.* Caeterum si quis sciens, ad se hereditatem non pertinere, distraxit; sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis et fructus earum. Sed imperator SEVERUS

epistola

epistola ad *Celerem* idem videtur fecisse et in malae fidei possessoribus. Atquin Senatus de his est locutus, qui se heredes existimant. Nisi forte ad eas *res* referemus, *quas distrahi expedierat, quae onerabant* magis hereditatem, quam fructui erant: ut sit in arbitrio petitoris, qualem computationem facit adversus malae fidei possessorem, utrum ipsius rei et fructum, an pretii et usurarum post motam controversiam. Die Epistola *Severi* ad Celerem, deren hier Ulpian gedenkt, ist das Rescript dieses Kaisers, welches *L. 1. C. de his, quibus ut indignis* befindlich ist. Es handelt eigentlich von einem wahren Erben, der sich aber der Erbschaft dadurch unwürdig gemacht hat, daß er den gewaltsamen Tod des Erblassers zu rächen unterließ. Ein solcher wird L. 1. auch schon vor erhobener fiskalischen Klage für einen malae fidei possessor erklärt, quia debitum officium pietatis sciens omisit. Hat dieser also erbschaftliche Sachen veräußert, so soll er den Werth mit den Zinsen ersetzen. Diese Verordnung sucht Ulpian hier mit dem Senatusconsultum, mit dessen Erklärung er sich beschäftiget, zu vereinigen. Das Senatusconsultum spricht von bonae fidei possessoribus; und auch diese sollen den Werth der vor entstandenen Prozeße veräußerten Sachen restituiren, wenn gegen sie erkannt worden. Bey den malae fidei possessoribus sollte es also anders seyn. Ohne Zweifel sollte der malae fidei possessor nicht den Werth der Sache, sondern die Sache selbst mit den Früchten restituiren. Ulpian schlägt nun einen doppelten Weg ein, um beyde Gesetze, das SCtum mit dem Rescript des Kaisers Sever zu vereinigen. Entweder das Rescript ist bloß von solchen Fällen zu verstehen, wo die Veräußerung für die Erbschaft nöthig oder nützlich war; oder es ist so zu erklären [95]), daß es dem Kläger die Wahl läßt, ob er die Sache mit den Früchten, oder den Werth nebst den Zinsen verlangen wolle, wenn er sich bey dem letztern besser befindet. Amaya [96]) glaubt indessen, es

 gebe

95) Der ganze Zusammenhang lehrt, daß man statt: ut sit in arbitrio lesen müsse: *aut sit in arbitrio*, wie Westphal in den angef. Commentar §. 422. S. 267. behauptet, oder es ist das Wörtchen *vel* mit POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. nr. XXXIV. not. d. einzuschalten.

96) Observation. iuris Lib. III. cap. 2. nr. 74. sqq.

gebe noch einen andern Weg der Vereinigung, wenn man annimmt, das Rescript des Severs habe in dem Falle, wovon es spricht, aus besonderer Milde und zu Gunsten des Erben wider den Fiskus entschieden, wie dieses bey gutgesinnten römischen Kaisern öfters der Fall gewesen. Allein daß Sever den Erben habe favorisiren wollen, läßt sich, wie mir dünkt, aus den Worten: Usuras autem semisses dependere, *satis est*, noch nicht schließen.

L. 20. §. 21. *D. h. t.* Restituere autem pretia debebit possessor, etsi deperditae sint res, vel deminutae. Sed utrum ita demum restituat, si bonae fidei possessor est, an et si malae fidei? Et si quidem res apud emtorem extent, nec deperditae, nec deminutae sunt, sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor: aut si recipere eas ab emtore nullo modo possit, tantum, *quantum in litem esset iuratum*. At ubi perditae sunt, et deminutae, verum pretium debet praestari: quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset, et verum pretium rei non perderet.

L. 33. §. 1. *D. eod.* IULIANUS scribit, si hominem possessor distraxerit, si quidem non necessarium hereditati, petitione hereditatis pretium praestaturum. Imputaretur enim ei, si non distraxisset. Quodsi necessarium hereditati: siquidem vivit: ipsum praestandum. Si decesserit; fortassis nec pretium [97]. Sed non passurum iudicem, qui cognoscit, pretium lucrari, scribit. Et verius est.

L. 36. §. 3. *D. eodem.* Si praedo dolo desiisset possidere, res autem eo modo interierit, quo esset interitura, etsi eadem causa possessionis mansisset, quantum ad verba Senatusconsulti melior est causa praedonis, quam bonae fidei possessoris, quia praedo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur, atque si possideret, nec adiectum esset, *si res interierit*. Sed non est dubium quia non debeat melioris esse conditionis, quam bonae fidei possessor. Itaque et si pluris venierit res, electio debebit esse actoris, ut pretium consequatur. Alioquin lucretur aliquid praedo [98].

Nach

97) Wenn nämlich der Unglücksfall ein solcher ist, wodurch die Sache bey dem Kläger selbst zu Grunde gegangen seyn würde.

98) Man sehe über diese Stelle Westphals angef. Commentar §. 429.

Nach diesen Stellen scheint mir also der Unterschied, den mehrere Rechtsgelehrten [99]) auch bey dem malae fidei possessor machen, ob nämlich die Veräußerung vor oder nach der Litiscontestation geschehen ist, ganz irrelevant zu seyn.

§. 579.

II) In Absicht auf die Restitution der Früchte und Zinsen.

Da die Erbschaftsklage auch auf die Accessionen der Erbschaft geht, so ist nun ferner die Frage zu erörtern, in wiefern der Besitzer die Frage dem Kläger restituirt? Auch hier ist der Unterschied zwischen dem bonae und malae fidei possessor sehr wichtig. Soviel also

I) den bonae fidei possessor anbetrift, so ist

1) in Ansehung der vor entstandenem Prozesse gezogenen Früchte, außer Zweifel, daß er diejenigen, welche zur Zeit der erhobenen Klage noch existirten, restituiren müsse [100]). Denn diese sind als ein Theil der Erbschaft anzusehen [1]). Sie brauchen daher nicht besonders gefördert zu werden, sondern sind in der Forderung der Erbschaft überhaupt schon mit eingeschlossen [2]). Waren hingegen die Früchte schon vor dem Prozeß consumirt, so ist er solche zu restituiren nicht verbunden, ausser in soweit er dadurch noch jezt bereichert ist [3]). Es wollen zwar einige Rechtsgelehrten [4]) den b. f. possessor von der Restitution der vor dem Prozeß consumirten Früchte unbedingt freysprechen, und für diese Meinung scheint auch eine Stelle in den Institutionen des K. Justinian [5]) zu sprechen, wo es heißt: Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire in singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione eadem ratio paene habetur, si praedo fuerit; si vero bona fide

99) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 18. HOFACKER Princip iur. civ. Tom. II. §. 1678. MALBLANC Dig. h. t. §. 378. nr. III.

100) S. *Fr. de* AMAYA Observat. iur. lib. III. cap. 2. nr. 47. seqq.

1) *L.* 40. §. 1. *D. h. t.* *L.* 20. §. 3. *D. eodem.*

2) *L.* 2. *C. eodem.* wo es heißt: *Fructibus enim augetur hereditas*, cum ab eo possidetur, a quo peti potest.

3) *L.* 1. § 1. *C. h. t.* Ante litis contestationem — fructus bonae fidei possessores reddere cogendi non sunt, *nisi ex his locupletiores extiterint.*

4) Man sehe z. B. *Io. Iac. de* HOEFLER Diss. de immunitate b. f. possessoris a restitutione fructuum, *Helmstadii* 1761. § 13.

5) §. 2. *I. de offic. iudic.*

fide possessor fuerit, *non habetur ratio consumtorum*, neque non perceptorum. Allein es ist schon von andern [6]) erinnert worden, daß sich die Verfasser der Institutionen aus Liebe zur Kürze nicht immer richtig und bestimmt genug ausgedrückt haben. Denn daß der Besitzer jeden Gewinn herausgeben muß, den er aus der Erbschaft gezogen hat, sagen nicht nur die Gesetze [7]) ausdrücklich, sondern eben dies ist auch der Natur der Erbschaft gemäß, bey welcher, als einer universitas iuris, der Werth an die Stelle der Sache tritt [8]). Eine Ausnahme findet jedoch bey demjenigen Statt, welcher die Erbschaft noch vor entstandenem Prozeß in gutem Glauben kaufte. Daß gegen diesen die hereditatis petitio utilis unter gewissen Einschränkungen Statt habe, ist schon oben (S. 521. Nr. 1.) bemerkt worden. Diese actio utilis unterscheidet sich darin von der actio directa, daß sie in Absicht auf die vor der Klage gezogenen Früchte die Eigenschaft eines indicii singularis annimmt. Der Käufer lucrirt daher, wie bey der Reivindication, unbedingt die von ihm bis zur Einlassung consumirten Früchte [9]).

2) Von Zeit der erhobenen Klage an muß hingegen auch der redliche Besitzer alle, sowohl gezogene, als vernachläßigte Früchte, auch die consumirten, wodurch er nicht bereichert ist, nur nicht die durch bloßen Zufall zu Grunde gegangenen, restituiren. Dieses beruhet auf klaren gesetzlichen Vorschriften [10]), welche in dem oben erklärten Rechtssatz ihren Grund haben, daß der redliche Besitzer von Zeit des entstandenen Prozesses an in Absicht auf Dolus und Kulpa einem unredlichen Besitzer gleich geachtet wird. Doch wird sich gleich nachher noch mancher Unterschied ergeben. Soviel also

II) den malae fidei possessor anbetrifft, so muß derselbe dem Erben von Anfang seines Besitzes an alle und jede Früchte restituiren,

6) Man sehe hier vorzüglich *Ad. Frid* TRENDELENBURG Selecta quaedam capita doctrinae de iure possessionis circa fructuum perceptionem. *Chilonii* 1775. Cap. III. §. 5.

7) *L.* 20. §. 6. *L.* 25. §. 11. *L.* 28. *D. eodem.*

8) *L.* 22. *D. h. t.* AMAYA c. l. nr. 49.

9) *L.* 2. *C. h. t.* Emtor autem, qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum iure convenitur. Man sehe über diese Stelle VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 11. und Westphals Commentar §. 442.

10) *L.* 1. §. 1. *C. h. t.* *L.* 2. *C. de fruct. et lit. expens.* §. 2. *I. de officio iud.* In der letzten Stelle heißt es vorzüglich: Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumti sunt.

tuiren [11]), und zwar nicht nur diejenigen, die er wirklich gezogen hat, sie mögen noch existiren, oder consumirt, oder verlohren gegangen seyn (fructus deperditi) [12]); sondern auch diejenigen, welche er nicht percipirt hat [13]), aber der Erbe percipirt haben würde, wenn ihm die Erbschaft nicht wäre vorenthalten worden [14]), und zwar bis zur Zeit des rechtskräftigen Urtheils, wenn gleich die Sachen selbst, wovon die Früchte zu ersetzen sind, während seines Besitzes zu Grunde gegangen wären [15]).

Nun entsteht noch die Frage, in wiefern bey der Erbschaftsklage auch die Zinsen zu vergüten sind? Hier ist Folgendes zu bemerken.

1) Die Zinsen, welche der Besitzer von den Erbschaftsschuldnern bezogen hat, muß jeder Besitzer, er sey bonae oder m. f. possessor, in soweit vergüten, als er die Früchte zu ersetzen schuldig ist [16]). Nam usurae perceptae vicem fructuum obtinent [17]).

2) Zinsen von Geldern, die aus veräußerten Erbschaftssachen gelößt worden sind, darf

a) der Besitzer in gutem Glauben nur erst von Zeit der wider ihn erhobenen Klage an erstatten [18]), und es ist dann gleichgültig, ob er diese Gelder wirklich erhoben hat, oder ob er sie hätte erheben können [19]). Hat er aber selbst Zinsen vor entstandenem Prozeß bezogen, so ersetzt er sie in soweit, als er dadurch noch jetzt bereichert ist [20]). Wenn hingegen

b) der Besitzer in bösem Glauben, oder auch der b. f. possessor nach entstandenem Prozeß Erbschaftsstücke verkauft hat, so muß er eigentlich die Sache selbst mit den Früchten restituiren [21]). Das

11) *L.* 40. §. 1. *D. h. t.* Praedo fructus suos non facit, sed augent hereditatem.

12) *L.* 21. *D. h. t.* Siehe Westphals Commentar §. 485.

13) *L.* 25. §. 4. *D. h. t.* §. 2. *I. de offic iudic.*

14) *L.* 62. §. 1. *D. de Rei vindic.* *L.* 4. *C. unde vi.* HASSE Diss. de litis contestat. an et quat. b. f. possessor per eam in m. f. constituatur. §. 7. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2. B. Medit. 69.

15) *L.* 33. *D. de Rei vind.*

16) *L.* 1. §. 1. *C. de petit. hered.* *L.* 1. *C. de his quae ut indignis.*

17) *L.* 34. *pr. D. de Usur.*

18) *L.* 20. §. 11. *D. h. t.*

19) *L.* 20. §. 15. *D. eod.* Er kann jedoch dem Kläger auch die Klage gegen den Käufer abtreten. *L.* 20. §. 17. *D. h. t.*

20) *L.* 1. §. 1. *C. de petit. heredit.*

21) *L.* 20. §. 2. *et* 12. *D. h. t.*

Das Kaufgeld mit den Zinsen aber kann nur dann gefordert werden, wenn der Verkauf der Sachen für die Erbschaft nöthig, oder nützlich war [22]).

3) Zinsen von Früchten, welche

a) vor entstandenem Proceß verkauft worden, muß der malae fidei possessor unbedingt bezahlen [23]), der redliche Besitzer aber darf nur das ersetzen, um was er reicher geworden ist [24]). Denn solche Früchte, welche bereits vor erhobener Klage bezogen worden sind, vermehren die Erbschaft, und kommen als Theile derselben, nicht als Accessionen, in die Erbschaftsklage [25]).

b) Von den Früchten hingegen, welche erst nach entstandenem Prozeß bezogen worden sind, sagt Papinian [26]), dürfen keine Zinsen bezahlt werden. Denn diese kommen nicht als für sich bestehende Theile in die Erbschaftsklage, da sie ja bey der Anstellung derselben noch nicht existirten; als bloßer Zuwachs werden sie durch das richterliche Amt dem Kläger zuerkannt. Vom Zuwachse aber kann es nicht wieder einen neuen Zuwachs geben [27]).

4) Zinsen von baaren Geldern, welche in der Erbschaft vorhanden waren, wenn solche nicht ausgeliehen worden, ersetzt auch selbst der malae fidei possessor nicht [28]). Weil er für das Capital haften muß, wenn es verlohren geht. Es konnte ihm also nicht zugemuthet werden, das Geld auf seine Gefahr auszuthun [29]). Hat aber der Besitzer der Erbschaft das Geld auf Zinsen ausgeliehen,

22) *L.* 20. §. 12. *et* 16. *D. h. t.* *L.* 1. *C. de his, quae ut indignis.* S. Heinr. Ernst. Ferd. Boley Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien. (Stuttgard 1800.) S. 54. ff.

23) *L.* 51. §. 1. *D. h. t.* *L.* 18. *D. de his, quae ut indignis aufer.* S. *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 12. VOET Comm. ad Pandect. h. t. §. 15.

24) *L.* 40. §. 1. *D. h. t.* *L.* 1. §. 1. *C. h. t.*

25) *L.* 20. §. 3. *L.* 40. §. 1. *D. h. t.* *L.* 2. *C. eod.*

26) *L.* 51. §. 1. *D. h. t.*

27) S. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 16. Westphals Commentar. §. 483. und Boley angef. Betrachtungen S. 58. f.

28) *L.* 20. §. 14. *D. h. t.* Papinianus autem lib. III. Quaestionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate non attingat, negat eum omnino in usuras conveniendum. Diese Stelle spricht ganz allgemein, und kann daher nicht bloß von einem Besitzer in gutem Glauben verstanden werden. Man sehe FABER in Rational. ad h. l. VOET h. t. §. 15. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 14. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 15. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. a. et b. Westphal im angef. Commentar §. 493

29) *L.* 26, *pr. D. de Rei vindicat.*

liehen, so kann der Erbe die Zinsen anders nicht verlangen, als wenn er auch die Gefahr des Capitals übernimmt, indem die Bezahlung der Zinsen und die Uebernahme der Gefahr sich nicht von einander trennen lassen 30). Dem Kläger steht daher gegen den Besitzer in bösen Glauben die Wahl zu, ob er die Zinsen mit dem Risiko des Capitals, oder blos das Capital ohne Gefahr und ohne Zinsen übernehmen wolle. Dahingegen steht es dem bonae fidei possessori frey, dem Erben das, was er am Capital und Zinsen erhoben hat, soweit er dadurch reicher geworden, zu übergeben, oder demselben seine Rechte an den Schuldner, jedoch auf Gefahr des Klägers, abzutreten 31).

§. 571.

Gegenforderungen des Beklagten.

Der Beklagte kann nun auch Gegenforderungen an der Erbschaft haben. In wiefern müssen ihm diese ersetzt werden? Man merke,

1) was der Besitzer schon vor der Uebernehmung der Erbschaft an dem Nachlasse zu fordern hatte, kann er in Abrechnung bringen. In sofern jedoch dem Besitzer seiner Forderung wegen kein Klagerecht zustand, steht zwar dem redlichen Besitzer ein Abrechnungsrecht zu, aber nicht dem malae fidei possessor, damit dieser von seinem Dolus keinen Vortheil ziehe 32).

2) Was der Besitzer auf die Person des Erblassers, nämlich wegen seiner Krankheit und Beerdigung verwendet hat, kann er ohne Unterschied abrechnen 33). Nicht minder,

3) was der Besitzer an Schulden bezahlt hat. Zwar wird dadurch der wahre Erbe nicht ipso iure von seiner Verbindlichkeit befreyt, wenn der Besitzer für sich Schulden des Erblassers bezahlt. Allein der Erbe kann sich gegen die Gläubiger, wenn er von

30) *L. 67. §. 1. D. pro socio. L. 10. §. 8. D. mandati.* Boley angef. Betrachtungen S. 62.

31) *L. 30. D. h. t.* Iulianus scribit, actorem eligere debere, utrum sortem tantum, an et usuras velit cum periculo nominum agnoscere. Atquin secundum hoc non observabimus, quod Senatus voluit, bonae fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit: quid enim, si pecuniam eligat actor, quae servari non potest? Dicendum itaque est in bonae fidei possessore, haec tantummodo eum praestare debere: id est, vel sortem et usuras ejus, si eas percepit; vel nomina cum eorum cessione in id facienda, quod ex his adhuc deberetur, periculo scilicet petitoris. S. VOET h. t. §. 15. in fin. und Westphals Commentar §. 476.

32) *L. 13. §. 1. D. h. t.*

33) *L. 3. C. h. t.*

von ihnen belangt werden sollte, mit der exceptione doli schützen. Ueberdem kann er von dem m. f. possessore eine Caution der Vertretung wegen fordern. Zu dieser Caution ist nun zwar der b. f. possessor nicht verpflichtet, allein dieser muß wenigstens dem Erben, wenn er es verlangt, die ihm zustehende condictio indebiti cediren, weil er aus Irrthum bezahlt hat, und ihm nun, nachdem er dem Erben das Bezahlte angerechnet hat, die Klage nichts mehr hilft [34]. Ein gleiches findet

4) in Ansehung der bezahlten Vermächtnisse Statt [35].

5) Sind Unkosten wegen der Erbschaft selbst verwendet worden, so kommt es darauf an,

a) ob die Verwendung auf die Früchte gemacht worden ist. Diese werden jedem Besitzer vergütet, wenn sie wegen solcher Früchte gemacht worden sind, die er dem Erben restituiren oder dem Werthe nach vergüten muß. Denn die Regel: fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis, findet, wie Paulus [36] sagt, auch bey den praedonibus Statt. Hatte er etwas vergebens auf Früchte verwandt, aus denen ohne sein Verschulden nichts geworden ist, so kann er diese Unkosten nur dann in Ansatz bringen, wenn er in bona fide war [37].

b) Sind hingegen auf die Substanz der erbschaftlichen Sachen Unkosten verwendet worden, so erhält

1) der b. f. possessor durchaus für alle, selbst nicht mehr existirenden Verwendungen, Entschädigung, sie mögen nothwendige, nützliche, oder blos zur Verzierung gemachte seyn [38].

2) Der m. f. possessor hingegen kann zwar für die nothwendigen, auch nicht mehr existirenden, weil er für deren Unterlassung verantwortlich geworden wäre [39], für die nützlichen Verwendungen aber nur in sofern, als sie noch vorhanden sind, Entschädigung fordern [40]. Wegen der blos auf Verzierungen verwendeten Kosten hingegen ist ihm nur Trennung zu gestatten, soweit sie ohne Schaden des Ganzen möglich ist [41].

34) *L. 31. pr. D. h. t. L. 5. C. eodem.* Westphal Commentar §. 104. u. 505.

35) *L. 17. D. h. t.*

36) *L. 36. §. 5. D. h. t. L. 46. D. de Usur.*

37) *L. 37. D. h. t.*

38) *L. 38. et 39. D. h. t.* VOET h. t. §. 21.

39) *L. 38.* juncta *L. 31. §. 3. D. h. t.* et *L. 54. §. 2. D. eodem.* VOET c. l. THIBAUT System des Pand. R. T. II. §. 743.

40) *L. 38. in fin. D. h. t.*

41) *L. 39. D. eodem.*



